Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nach geltendem und künftigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn.

Vorgelegt

von

Georg H. Stilke

aus Berlin.

BONN 1928

VERLAG LUDWIG RÖHRSCHEID.

Referent: Graf zu Dohna

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Abschnitt: Übersicht und Kritik der Rechtfertigungsgründe für die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuch . 1

I. Rechtsgründe. 1

1. Die Annullationstheorie Zachariaes. 1

2. Nullitätstheorie - Luden. 3

3. Infirmitätstheorie. 4

4. Präsumtionstheorie. 5

II. Die Rationalität der Straffreiheit negierende Ansichten. . 6

III. Billigkeitsgründe. 6

IV. Kriminalpolitische Gründe. 6

2. Abschnitt: Der Begriff der Freiwilligkeit nach geltendem Rechte.

I. Die Freiwilligkeit nach § 46 Abs. 1 St. G. B. . . . 10

1. Ihre Voraussetzungen. 10

2. Kritik des Begriffes der Freiwilligkeit nach geltendem Recht. 12

3. Die richtige Formulierung Franks. 13

II. Die Freiwilligkeit nach § 46 Abs. 2 St. G. B. . . . 14

1. Im allgemeinen. 14

2. Die Voraussetzungen der Straflosigkeit nach § 46 Abs. 2 St. G. B.'s. 15

a) Der Begriff der „eigenen Tätigkeit". 15

b) Der Begriff der „Entdeckung". 16

3. Die Freiwilligkeit als innerer Tatbestand der „eigenen Tätigkeit". 20

3. Abschnitt: Der Begriff „aus freien Stücken" nach § 24 A. E. 25. 22

I. Das positive Erfordernis der Freiwilligkeit. 22

1. Seine Einführung in die Entwürfe. 22

2. Seine Gleichsetzung mit dem Begriff „aus freien Stücken". 24

II. Erörterung der materiellen Änderungen des § 24 A. E. 25 gegenüber § 46 St. G. B. 25

1. Im Allgemeinen. 25

a) Die Gleichheit der subjektiven Voraussetzung für die Straflosigkeit der beiden Versuchsarten . . . 25

b) Fortfall des objektiven Kriteriums der Entdeckung . 26

2. In der Begründung des A. E. 25. 27

a) Der angebliche Fortfall der „facta interna" als die Freiwilligkeit ausschließender Umstände. . . . 27

Seite

b) Drohende Entdeckung. 30

3. Die Furcht vor Entdeckung. 30

4. Die materielle Gleichheit des § 24 Abs. 1 A. E. 25 mit § 46 Abs. 1 St. G. B. 34

5. Die materielle Verschiedenheit der Voraussetzungen des § 46 Abs. 2 St. G. B. und des § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. . . . 39

4. Abschnitt: Kritik des Begriffes „aus freien Stücken". 41

I. Die Schwierigkeit des Beweises bei Anwendung des Begriffes. 41

II. Die Unbilligkeit der Gleichsetzung der Voraussetzungen für die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom unbeendeten und beendeten Versuche. 45

Anhang: § 24 A. E. 25 und das Erfordernis der „Endgültigkeit" des Rücktritts 49

Literaturverzeichnis.

Außer den einschlägigen Gesetzestexten, in- und ausländischen Entwürfen und deren Begründungen sind folgende Werke benutzt worden:

Alsberg: Zum Rücktritt vom nichtbeendeten Versuch, Gerichtssaal, Bd. 67, 1906.

Aschrott, v. Liszt: Die Reform des Strafgesetzbuches, 1910.

v. Bar: Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme, 1859.

„ Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907.

Bauer: Abhandlungen aus dem Strafrecht und dem Strafprozesse, 1840.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1888.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1898.

„ Verhandlungen des XIII. Deutschen Juristentages, 1876.

Binding: Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1907.

„ Die Normen und ihre Uebertretung, 1890.

Birkmeyer: Das Strafrecht 1904.

Brandis: Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1907.

Bumke: in D. J. Z. 1925, Heft 1 „Der neue Strafgesetzentwurf", 30. Jahrg. 1925.

v. Buri: Zur Lehre vom Versuche, Gerichtssaal, Bd. 19, S. 60.

„ Der allgemeine Teil des Strafrechts in dem Lehrbuch von Dr. H. Meyer, Gerichtssaal, Bd. 28, S. 161;

„ Ueber das Wesen des Versuches, Goltdammers Archiv, Bd. 25, S. 265 in Gerichtssaal, Bd. 37, Beilageheft.

Busch: Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1879.

Cohn: Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffs, 1916.

Dahlmann: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch, 1911.

Dohna, Graf zu: in Reform des Strafrechts, Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allg. D. Str. G. B., herausgegeben von Aschrott und Kohlrausch, 1926.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Leipziger Reichsgerichts-Kommentar), 1925.

Ebermayer: Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (1913) 1914.

„ Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Die Strafrechtsreform (1913), 1914.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1926.

Feuerbach: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz — Bayerischen Staaten, 1804.
„ Bayerisches Strafgesetzbuch.
„ Revision der Grundsätze und -begriffe.
„ Lehrbuch des gem. Peinlichen Rechts.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904 in Gerichtssaal, Bd. 82, S. 375.
„ Der Begriff der Gefahr in Juristische Vierteljahrsschrift, Bd. 1,53.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1925.
„ Vollendung und Versuch in Vergleichender Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, V. Bd., 1908.

Fuhrmann: Der Rücktritt vom Versuche, 1903.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.
„ Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs, 1919, 1921.
„ Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil, 1925.

v. Gleispach: Der Rücktritt von der Gefährdung (Prager juristische Vierteljahrsschrift, 1914, Bd. 46.

Goltschmidt: Die Lehre vom beendigten und unbeendigten Versuch, 1895.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.
„ System des preußischen Strafrechts, 1858.

Hatzig: Ueber den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte tätige Reue, 1897.

Hepp: Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827.

Herzog: Der Rücktritt vom Versuch und die tätige Reue, 1889.
„ Die dogmatische Begründung der Straflosigkeit, 1888.

Hoegel: in Seufferts Blätter, Bd. 75, S. 233.

Holtzendorff: Versuch und Vollendung, Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. II, Die allgemeinen Lehren, 1871.

John: Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, 1868.

Klee: Wille und Erfolg in der Versuchslehre, Strafr.-Abhdlg., Heft 14, 1898.

Koehler: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917.
„ Studien zum Vorentwurf.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht, 1890.

v. Kries: Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung.
„ Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben in Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, 12, 1886.

Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879.

v. Lilienthal: Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, 1908.

Lindenberg: in Deutsche Juristenzeitung, 10, 777.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1919.

Lobe: in Juristische Wochenschrift, 1925. 54. Jahrg., Heft 9 „Der neue Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuchs", 1925.

Loeb: Der Versuch im Reichsstrafgesetzbuch und im Vorentwurf. Strafrechtl. Abhandlg., Heft 176, 1913.

Luden: Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, 1847.

Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch, 1923.

„ Versuch und Teilnahme in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Band I, Allg. Teil, herausg. von Aschrott, Frank, v. Liszt, 1910.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889.

„ Die Lehre vom Verbrechen und Strafe, 1912.

Meves: Die Grundsätze des Reichsstrafgesetzbuches über die tätige Reue in Gerichtssaal, Bd. 24.

Meyer, Hugo: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895.

Meyer, Oswald: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht, dem Vorentwurf und dem Gegenentwurf, 1914.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907

Müntzer: Rechtsgeschichtliche Beiträge zur Lehre vom freiwilligen Rücktritt und der tätigen Reue, 1912.

Oetker: in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 17, 53 „Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe".

„ Vorbereitung und Versuch, Beihilfe und Deliktsabwendung.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1916.

Oppenhoff: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901.

Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem Deutschen Strafrecht, 1857.

Prosch, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1907.

Rohland: Die Gefahr im Strafrecht, 1888.

Rotering: in Goltdammers Archiv 31, 266; 42, 194.

„ Juristische Vierteljahrsschrift, 30, 89. Archiv für bürgerliches Recht, 22, 21.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1879.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1892.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921.

Schmitz, Otto: Die tätige Reue nach vollendetem Delikt im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1916.

Schoetensack: Verbrechensversuch und Deutscher Strafgesetz-Vorentwurf aus: Festschrift für Binding, 1911.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1871.

Schwab: Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914.

Schwarze: Ueber das freiwillige Abstehen vom Versuch des Verbrechens. Goltdammers Archiv 2, S. 429 ff.

„ Versuch und Vollendung im Handbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Band: Die allgemeinen Lehren, 1871.

„ Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1884.

Seeger: in Goltdammers Archiv, Bd. 18, S. 232.

Sigwart: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache. Kleine Schriften II. Reihe. 1881.

Spohr: Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgeestzbuchs, 1926.

Thomsen: Das Deutsche Strafrecht, 1906.

Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchener Juristischen Studiengesellschaft, 1922.

Wach: in Deutsche Juristenzeitung „Der neue Strafgesetzentwurf" 30. Jahrg., Heft 7, 1925.

Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914.

„ Der allgemeine Teil des Strafgesetz-Entwurfs von 1925 in Goltdammers Archiv 1925, Bd. 4.

Wächter: Deutsches Strafrecht, 1881.

Wanjek: in Gerichtssaal, 1879.

Warhanek, Karl: Die Berücksichtigung der tätigen Reue in A. E. eines A. D. Str. G. B., Oestereichische Richterzeitung XIX, Jahrg. Nr. 6, 1926, S. 153/154.

Wein: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1909.

Zachariae: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1836.

1. Abschnitt.

Uebersicht und Kritik der Rechtfertigungsgründe für die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuch.

Bevor man dazu übergehen kann, den gegenwärtigen Rechtszustand hinsichtlich des Rücktritts vom Versuche zu behandeln, um sodann auf das eigentliche Gebiet des vorliegenden Themas einzugehen, ist es erforderlich, zu erörtern, welche Gründe den Gesetzgeber seither wie gegenwärtig veranlaßt haben, denjenigen, der von einem bereits begonnenen Delikt absteht, für straffrei zu erklären. Der innere Grund für die Straflossetzung des Täters gehört zu den umstrittensten Fragen der Strafrechtswissenschaft.

Die auf diesem speziellen Gebiete vertretenen Ansichten lassen sich etwa in drei größere Gruppen einordnen, ohne daß jedoch hiermit bereits eine erschöpfende Einteilung des Standes der verschiedenen Ansichten gegeben wäre.

Während die einen die Straflosigkeit auf Rechtsgründe zurückführen, erachten die anderen Billigkeitsgründe für maßgeblich, wohingegen eine dritte Gruppe von Schriftstellern aus strafrechtspolitischen Gesichtspunkten die Straffreiheit des Zurücktretenden zu rechtfertigen sucht. Den Ansichten wiederum, welche der die Straflosigkeit des Täters vorschreibenden Gesetzesbestimmung eine Begründung zu geben suchen, stehen schließlich diejenigen Schriftsteller gegenüber, die die Rationalität der Straffreiheit überhaupt in Abrede stellen.

I. Rechtsgründe.

1. Die Annullationstheorie Zachariaes.

Unter den Schriftstellern, die die Notwendigkeit der Straflosigkeit aus den Prinzipien des Strafrechts überhaupt gefolgert wissen wollen, ist zunächst zu nennen Zachariae[1]).

Zachariae geht davon aus, „daß, wenn zur Strafbarkeit des Versuches teils eine äußere, dem Gesetze widersprechende Tätig-

1) Lehre vom Versuch der Verbrechen, Göttingen 1836, S. 240 f.

keit, teils und hauptsächlich der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich sei, notwendigerweise die Strafbarkeit getilgt werden müsse, sobald das eine oder andere dieser Requisite rückwärts annulliert werde. Hinsichtlich der äußeren Tätigkeit sei dies zwar unmöglich. Anders sei es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibe und den seine bisherigen Schritte leitenden Willen ändere oder aufgebe. Hier werde der vorhanden gewesene Wille rückwärtshin bedeutungslos. Und ebenso wie die moralische Gerechtigkeit denjenigen, welcher vor den zu überwindenden Mühen zurückschrecke, jedes Anspruchs auf eine für das erstrebte Gute zu gewährende Belohnung für verlustig erkläre und ihm auch nicht einen Teil derselben zubillige, könne auch den, welcher zwar Böses bezweckte, allein freiwillig davon abstand, die Strafe weder ganz noch teilweise treffen".

Diese Ansicht geht demnach davon aus, daß die Straflosigkeit deshalb eintreten müsse, weil durch die eingetretene Willensänderung der Versuchshandlung die Bedeutung, vermöge deren sie strafbar erscheint, wieder genommen worden ist. Hiergegen ist mit Recht geltend gemacht worden, daß der böse Wille durch die äußere auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Handlung bereits hervorgetreten sei, und die Willensänderung nur das weitere Fortschreiten der verbrecherischen Tätigkeit gehindert habe. Keinesfalls könne daher durch das Abstehen von weiterem Handeln das bisher Geschehene ungeschehen gemacht werden und die eingetretene Hinderung zeuge nur von einer geringeren Gefährlichkeit des Täters [2]).

Daß der so hervorgetretene böse Wille bereits die Rechtsordnung gefährdet, gibt auch Zachariae zu. Jedoch glaubt er, diesen Einwand gegen seine Auffassung dadurch zu widerlegen, daß er hervorhebt, „nur der beharrliche böse Wille könne ein gefährlicher genannt werden und nur bei ihm sei die Strafe als Regressivmittel erforderlich. Der freiwillig von der Vollendung Abstehende zeige aber durch diese Tat, daß er keinen festen und beharrlichen bösen Willen gehabt habe, sondern daß die Einsicht der Notwendigkeit rechtlichen Handelns die Oberhand behalten habe" [3]). Hiergegen läßt sich jedoch anführen, daß eine Gefährdung der Rechtsordnung auch dann vorhanden gewesen ist, wenn sie nur kurze Zeit andauerte. Zachariae

---

2) Bauer, Abhandlungen, S. 355.
3) Zachariae, a. a. O., S. 241.

übersieht nämlich, daß auch eine schwache Gefährdung immer noch eine wirkliche Gefahr bleibt und einer solchen unmöglich das Prädikat einer nicht wirklichen beigelegt werden kann[4]).

Gegen die hier vorgetragene und widerlegte Ansicht Zachariaes wendet sich auch Hälschner[5]), indem er ausführt, daß das freiwillige Abstehen des Täters von der Fortsetzung seiner Tätigkeit und der Vollendung der strafbaren Tat weder das Geschehene ungeschehen machen, noch ihm die Bedeutung entziehen könne, Handlung zu sein, durch welche die verbrecherische Absicht zum Ausdrucke, das verbrecherische Wollen zur — wenn auch nur unvollständigen — Verwirklichung gelange[6]).

Sämtliche Ansichten, die gegen Zachariaes Annullationstheorie sich wenden, gipfeln in dem zuerst von Osenbrüggen[7]) mit Beziehung auf die „Annullierung des verbrecherischen Willens" formulierten Satze: „Tatsachen sind unerbittlich!". Und in der Tat werden hierin alle die Gründe, die sich gegen die Ansicht Zachariaes in verschiedenen anderen Formulierungen geben ließen, zusammengefaßt und die Annullationstheorie widerlegt. Denn wenn von dem Verbrecher erst einmal der verbrecherische Wille gefaßt und betätigt war, dann kann derselbe nicht mehr nach rückwärtshin annulliert werden, weil eben etwas, das erst einmal in die Welt der Erscheinung oder Vorstellung getreten ist, aus dieser nicht als nicht existierend und nie existiert habend hinweggedacht werden kann.

2. Die Nullitätstheorie Ludens.

Ebenfalls aus einem Rechtsgrunde, nämlich dem Begriff und Wesen des Versuches versucht Luden[8]) die Straflosigkeit des Rücktritts zu rechtfertigen. Er betrachtet die ganze verbrecherische Tätigkeit von ihrem Beginne bis zu ihrer Beendigung als eine einzige ungeteilte Handlung. „Sie könne zwar in einzelne Akte zerlegt werden, aber dessen ungeachtet sei sie nur eine einzige

4) vgl. Bauer, a. a. O., S. 356.
5) Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881.
6) In ähnlicher Weise nehmen gegen Zachariae Stellung: John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1868, S. 223; H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 264, Nr. 43; Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1871, S. 140; Schwarze, Goltd. Archiv, II, S. 431.
7) Abhandlungen I, S. 137/138, 1857.
8) Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, 1. Bd. S. 420.

Handlung, deren Einheit dadurch begründet werde, daß diese Akte aus dem einen ungeteilten Willen der Vollendung hervorgegangen seien. Deswegen fehle es bei dieser ganzen ungeteilten Handlung an dem Willen, das Verbrechen zu vollenden, wenn dieser Wille erlösche während des einen oder des anderen zu ihr gehörigen Aktes“ [9]).

Gewiß ist allerdings, daß ein Delikt als eine einzige Handlung sich darstellt und auch die Einzelakte, in die die Ausführung zerfällt, durch den einheitlichen verbrecherischen Willen zu einer einzigen Handlung zusammengefaßt werden. Wenn nun aber der Täter seine Handlung abbricht, so kann dies nicht dazu führen, daß dieser Entschluß, durch welchen er seinen bisherigen, in den vorangegangenen Handlungen offenbarten Vollendungswillen aufhebt, diesen Willen gänzlich aus der Welt schafft. Denn eine solche Annahme würde bedeuten, daß man den Inhalt der Handlung des Abbrechens der verbrecherischen Tätigkeit gleichsetzte mit dem der vorangegangenen Ausführungshandlungen und man in der Handlung des Abbrechens den vorangegangenen Vollendungswillen als fortgesetzt ansähe, während die Handlung des Abbrechens doch gerade einen diesem entgegengesetzten Inhalt hat, indem sie das Vorangegangene negiert [10]).

3. Die Infirmitätstheorie.

Fernerhin erklärt aus einem Rechtsgrunde die Straflosigkeit des zurücktretenden Täters die sogenannte Infirmitätstheorie. Schwarze [11]) vertritt hier die Meinung, daß derjenige, der vom Versuche zurückgetreten sei, um deswillen nicht bestraft werden könne, weil sich in dem Abstehen von der Tat offenbare, daß der verbrecherische böse Wille kein beharrlicher gewesen sei [12]).

---

9) Aehnlich Seeger, a. a. O., S. 233.

10) vgl. Herzog, a. a. O., S. 13/14.
A. A. Oetker, Ztschr. f. Strafrechtsw., Bd. 17, S. 68: „Wenn der Versuch vom Täter abgebrochen werde, höre er deshalb auf ein solcher zu sein, weil er aus dem Zusammenhang gelöst werde, der ihm allein den Deliktscharakter verleihe.“ Zustimmend v. Bar, Gesetz und Schuld, S. 549, Nr. 108: Das Abbrechen der Handlung ist nicht mehr Handlung; also ist der Wille vorhanden, solange die Handlung dauert.

11) in v. Holtzendorffs Versuch und Vollendung, Handb. d. dt. Strafr., Bd. II: Die allgemeinen Lehren, S. 305.

12) Im Grunde ist diese Auffassung bereits zuerst von Zachariae vertreten, der neben seiner vor allem betonten Annullationstheorie auch des-

Gegen diese Theorie ist wiederum [13]) zu sagen, daß auch bereits durch einen schwachen bösen Willen die Rechtsordnung gefährdet wird und daß allenfalls nur das Maß der Strafe des Zurücktretenden durch die seinem verbrecherischen Willen mangelnden Intensität beeinflußt, nicht jedoch die Strafbarkeit gänzlich beseitigt werden könne [14]).

4. Die Präsumtionstheorie.

Ebenfalls au seinem Rechtsgrunde unternimmt es Herzog [15]), die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts herzuleiten. Er geht von der Hypothese aus, daß der Versuch des Verbrechens die Vermutung der Vollendung des deliktischen Tatbestandes in sich berge. Indem nun der Zurücktretende von seinem Vorhaben abstehe, werde durch diesen Umstand die sonst Platz greifende Präsumtion des Andauerns des verbrecherischen Tuns widerlegt.

Von neueren Schriftstellern hat sich dieser Art der Begründung der Straflosigkeit v. Bar [16]) angeschlossen, der ausführt, daß deshalb, weil durch das Aufgeben des Versuches die psychologische Schlußfolgerung, der verbrecherische Wille werde nunmehr bis zur Vollendung der Tat ausharren, beseitigt werde, der Zurücktretende straflos bleiben müsse.

Jedoch ist auch in dieser Weise die Straflosigkeit des Zurücktretenden nicht zu rechtfertigen. Denn es läßt sich doch niemals mit Bestimmtheit sagen, ob nicht auch derjenige, der, weil er auf Hindernisse bei der Ausführung seiner Tat stieß diese aufgab, — also unfreiwillig und strafbar — auch ohne diese Behinderung ebenfalls die Ausführung aufgegeben haben würde; auch er befand sich ja noch mit seinem Handeln im Stadium des Versuches und war immer noch im Stande, „die Vermutung des Ausharrens des verbrecherischen Willens zu widerlegen". Gegenüber dieser Ueberlegung und der durch sie aufgezeigten Enge der Präsumtionstheorie vemag auch der Einwand v. Bars, daß eine absolute Gerechtigkeit nie zu erzielen sei, der Zufall vielmehr stets eine gewisse Macht ausüben werde, nicht durchzudringen.

---

halb die Strafbarkeit des Zurücktretenden verneint, weil derselbe keinen „festen und beharrlichen Willen hatte"; a. a. O., S. 241.

13) vgl. oben S. 2.

14) So auch Bauer, a. a. O., S. 356.

15) a. a. O., S. 22 ff.

16) v. Bar, Gesetz und Schuld, S. 543.

II. Die Rationalität der Straffreiheit negierende Ansichten.

Nach den vorstehenden Theorieen, die sämtlich die Straflosigkeit aus einem Rechtsgrunde herzuleiten suchen, mögen nunmehr diejenigen Lehrmeinungen Erwähnung finden, die die Rationalität der Straflosigkeit überhaupt verneinen.

Als hauptsächlichen Grund hat John [17]) gegen die Straflosigkeit des Zurücktretenden angeführt, daß das geplante Verbrechen um so eher versucht werde, wenn noch die Möglichkeit eines straflosen Aufgebens für den Täter bestände [18]). Die theoretische Richtigkeit dieses Gedankens soll zwar nicht geleugnet werden. Doch steht einer solchen Erwägung die Erfahrungstatsache entgegen, daß die Mehrzahl derer, die eine strafbare Handlung begehen, zu Beginn ihrer Tätigkeit eine derartige Ueberlegung nicht anstellen, vielmehr weitaus häufiger erst während des verbrecherischen Handelns die Erkenntnis des geplanten Unrechts und die Reue über dasselbe in die Vorstellung der Handelnden tritt [19]).

III. Billigkeitsgründe.

Auch die Ansicht Schützes [20]), daß für die Straflosigkeit Gründe der Billigkeit allein maßgebend seien, kann nicht als hinreichende Erklärung dienen. Denn, wenn man hier mit dem Begriffe der Billigkeit operiert, so folgt aus der Wortbedeutung desselben, daß man die durch die abgebrochene Versuchshandlung eingetretene Gefährdung der Rechtsordnung durch die Aufgabe des Tatwillens als wieder ausgeglichen erachte. Wäre das aber richtig, dann müßte man weitgehend auf diesem Wege auch dem Täter, der nach vollendeter Straftat den angerichteten Schaden freiwillig wieder gutmacht, ebenfalls Straflosigkeit zusichern. Denn auch hier ist es nicht „billig" zu strafen, wenn das Negative des begangenen Unrechts durch positives Tun wieder ausgeglichen wurde.

IV. Kriminalpolitische Gründe.

Die Theorie, die in neuerer Zeit am häufigsten Anerkennung gefunden hat, leitet, indem sie sich von Rechtsgründen gänzlich

17) a. a. O., S. 223.

18) Ebenso v. Buri, a. a. O., S. 141.

19) Gegen die Behauptung der Irrationalität der Straflosigkeit des Rücktritts insbesondere: Seeger, Goltd. Arch., Bd. 18, S. 232 f; Schwarze, Kommentar, Bd. III A., S. 130.

20) a. a. O., S. 141.

abwendet, aus kriminalpolitischen oder, wenn man so will, aus strafrechtspolitischen Erwägungen die Straflosigkeit des vom Versuche Zurücktretenden her.

Feuerbach [21]), der als Begründer dieser Lehre anzusehen ist, hat diese Theorie damit gerechtfertigt, „daß der Staat unter gewissen Voraussetzungen auf Strafdrohungen völlig Verzicht leisten müsse, wenn er nicht, um den Versuch zu verhüten, das Verbrechen selbst befördern wolle. Dies sei der Fall, wenn der Verbrecher freiwillig von dem Wege des Unrechts zu dem Wege der Gerechtigkeit umkehrt, wenn die Tat nicht wider Willen des Verbrechers unvollendet blieb, sondern dieser sie, sei es aus Furcht vor der Strafe oder aus Regungen des Mitleids oder wegen des erwachten Gewissens und anderer innerer Ursachen unvollendet ließ. Ließe der Staat den Menschen nicht ungestraft die schon unternommene Tat bereuen, so nötige er gewissermaßen dazu, das Verbrechen zu vollenden. Denn der Unglückliche, der sich zu einem Versuche fortreißen ließe, wisse ja sonst, daß er schon Strafe verschuldet habe, daß er nichts großes mehr durch Reue zu gewinnen und durch die Vollendung der Tat nichts bedeutendes zu verlieren habe“ [22]).

Hepp [23]) wendet sich gegen die vorgetragene Ansicht, indem er ausführt, daß derjenige, der den Dolch zum Stoße bereits gezückt habe, aber vom Gewissen getrieben, noch zeitig genug mit dem Stoße einhalte, sich selbst nicht zugestehen würde, daß er gänzliche Straflosigkeit verdiene, sondern er nur einer milderen Strafe unterfalle.

Die Mangelhaftigkeit der Hepp'schen Beweisführung erhellt bereits aus dem Umstande, daß dieser Schriftsteller die Schwere eines konkreten Verbrechensversuches zum Ausgangspunkt für die Erörterung des „Für“ und „Wider“ eines nur mit abstrakten Darlegungen zu erschöpfenden Problems nimmt.

Auch das Zugeständnis Hepps, nur eine mildere Strafe dürfe den Zurücktretenden treffen, muß als unzureichend und sogar als unrichtig deshalb bezeichnet werden, weil die bloße Zusicherung

---

21) Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, Zweiter Teil, S. 102/103.

22) In anderen Schriften begnügt sich Feuerbach damit, sich einfach auf den Standpunkt des positiven Rechts zu stellen, das seine Ansicht hinsichtlich des Grundes der Straflosigkeit bereits akzeptiert hatte. Vgl. Lehrbuch, § 42 und Anm. b.
Bayr. Str. G. B. ad § 58 Bd. I, S. 181.

23) Versuche, S. 317.

einer Strafmilderung um so seltener Erfolg hat, je weniger dies selbst bei der Aussicht auf gänzliche Straflosigkeit der Fall ist [24]).

Konnte weder aus Rechts- noch aus Billigkeitsgründen die Straflosigkeit des freiwillig zurücktretenden Täters mit hinreichender Motivierung hergeleitet werden [25]), so ist zu fragen, ob kriminalpolitische Erwägungen hierzu eine Handhabe bieten.

Letzterer ist, wie bereits vorweg gesagt werden möge, zu bejahen.

„Das Gesetz müsse dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückzuge bauen", formuliert v. Liszt [26]) den dieser Theorie zu Grunde liegenden Gedanken. Dies ist weiter auszuführen.

Wenn der Verbrecher während der Ausführung des begonnenen Deliktes oder zum mindesten noch vor Vollendung desselben die Willensregung verspürt, von dem Wege des Unrechts sich wieder abzuwenden, dann kann es für ihn keinen wirksameren Antrieb zur Unterstützung dieser auftauchenden inneren Regung geben, als die Vorstellung, daß er durch ein Abstehen von der begonnenen Tat bezw. durch Rückgängigmachung der bereits vollendeten objektiven Tatbestandsmerkmale sich noch straffrei machen könne [27]). Stände ihm diese Möglichkeit nicht mehr offen, dann würde er sich, wenn er sich selbst die Frage vorlegt, ob er das begonnene Delikt noch vollenden solle oder nicht, sagen: „Bestraft werde ich auf jeden Fall, als vollende ich das Begonnene". Denn die Ueberlegung, der Täter würde und müsse in jedem solcher Fälle sich sagen, daß er, wenn er beim bloßen Versuche stehen bleibe, nun eine mildere Bestrafung zu erwarten habe, ist kaum denkbar, denn die bloße Aussicht auf eine Strafmilderung, die möglicherweise nur um ein Geringes unter dem für das vollendete Delikt zu verhängenden Strafmaß liegt, ist zu wenig verlockend zur Umkehr. Dagegen wird die Vorstellung,

---

24) Vgl. Bauer, Abhandlungen, S. 358.

25) M. E. Mayer mißt diesen älteren Theorieen nur den Wert „kurioser Antiquitäten" bei, a. a. O., S. 370.

26) v. Liszt, Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts, S. 214.

27) M. E. Mayer, a. a. O., S. 370, Anm. 7 sieht in der kriminalpolitischen Rechtfertigung eine Ueberschätzung der Rechtskenntnisse des Verbrechers.

sich noch völlig straffrei machen zu können, in weit stärkerem Maße abhaltend auf den zur Deliktsvollendung noch nicht unbedingt entschlossenen Täter wirken [28]).

Diese Gründe sind es, welche den Willen des Gesetzgebers, den freiwillig vom Versuche Zurücktretenden straflos zu lassen, allein zu rechtfertigen imstande sind.

---

28) Vgl. Wein, a. a. O., S. 15.

2. Abschnitt.

Der Begriff der Freiwilligkeit nach geltendem Rechte.

Das geltende Strafgesetzbuch hat einen doppelten Begriff für das Vorliegen der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuche aufgestellt, indem es beim nicht beendeten Versuche andere Voraussetzungen für die Straflosigkeit des Täters erfordert als beim beendeten Versuche, der sogen. tätigen Reue[1]).

I. Die Freiwilligkeit nach § 46 Abs. 1 St. G. B.

1. Ihre Voraussetzungen.

Beim nicht vollendeten Versuche erklärt § 46 Abs. 1 St. G. B. den Täter dann für straflos, wenn er die Ausführung aufgegeben hat,

> „ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren".

Diese etwas schwerfällige negative Ausdrucksweise des Gesetzes hat zu zahlreichen Kontroversen hinsichtlich der Bedeutung und Tragweite der den Begriff der Freiwilligkeit umschreibenden Kriterien Anlaß gegeben.

a) Bereits die Deutung des Wortes „Umstände" läßt die Frage entstehen, welcher Art diese Umstände sein müssen, um i. S. des § 46 Abs. 1 als erheblich angesehen werden zu können. Denn die angewendete Ausdrucksweise läßt ohne weiteres nicht erkennen, ob hier nur äußere Umstände gemeint sind, oder ob auch die sogen. „facta interna" von der Gesetzessprache mit einbezogen worden sind. Dafür nun, daß im Falle des § 46 Abs. 1 auch facta interna unter den Begriff der Umstände fallen sollen, spricht im besonderen die geschichtliche Entwicklung, die zu der heute gelten Fassung des § 46 St. G. B. geführt hat. Denn § 31 des Preußischen Strafgesetzbuches formulierte noch:

> „Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthal-

1) Abwegig ist die Ansicht H. Meyers, a. a. O., S. 214, der den Begriff der Freiwilligkeit als in § 46 Abs. 2 St. G. B. vorhanden überhaupt leugnet

ten, an den Tag gelegt und nur durch äußere von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden ist".

Durch die Fortlassung des Wortes „äußere" in der Fassung des § 46 Abs. 1 St. G. B. hat der Gesetzgeber in nicht zu verkennender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß hinfort auch die sogen. facta interna als die Straffreiheit des Täters ausschließende Umstände angesehen werden sollten [2]).

Unbedenklich kann fernerhin heute auch als die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht bezeichnet werden, daß das auf Sinnestäuschung oder sonst auf irrtümlicher Vorstellung des Täters beruhende Hindernis dem wirklich vorhandenen gleichzustellen ist, und daher das dem Täter nur subjektiv erscheinende, objektiv fehlende Hemmnis trotz der mangelnden Objektivität Straflosigkeit nicht zu begründen vermag [3]).

Ist aber die der Wirklichkeit widersprechende Vorstellung des Täters von dem Vorliegen von Hinderungsgründen geeignet, den Wegfall der Strafe zu hindern, so folgt daraus, daß gegenteilig die Nichtkenntnis des objektiv vorhandenen Hinderungsgrundes die Straflosigkeit nicht verhindern kann, sofern eben die sonstigen Voraussetzungen des § 46 Abs. 1 St. G. B. erfüllt sind.

b) Die Umstände nun, die den Täter an der Fortführung seiner Tat gehindert haben, müssen von seinem Willen abhängig gewesen sein, um seine Straflosigkeit zu begründen. Die Ausdrucksweise des Gesetzes kann leicht dazu verleiten, anzunehmen, daß die hindernden Umstände allgemein in Abhängigkeit vom Willen des Täters gestanden haben müssen.

Das ist nun aber hinsichtlich äußerer Umstände nicht regelmäßig möglich. Denn von dem Willen des Täters können äußere Umstände nur dann abhängig sein, wenn er sie einmal selbst verursacht hat [4]) und ferner, wenn er noch imstande ist, auf diese Umstände durch seine Entschließungen einzuwirken. Sofern diese Voraussetzungen rücksichtlich äußerer Umstände nicht vorliegen, meint das Gesetz mit deren Abhängigkeit vom Willen des Täters: Die Wahrnehmung der Umstände im Bewußtsein des Täters darf nicht derartige Vorstellungen hervorgerufen haben, daß diese den bis dahin noch freien Willen des Täters zwingend beeinflussen, wenn Straflosigkeit noch eintreten soll.

---

2) Rüdorff-Stenglein, Anm. 5 ad § 46 Abs. 1.
3) Vgl. statt vieler Lpz. Kom. ad § 46 N. 3.
4) Frank, V. und V., S. 230.

Uebereinstimmung herrscht in Wissenschaft und Rechtsprechung darüber, daß ein freiwilliges Handeln des Täters dann ausgeschlossen ist, wenn ein äußerer Umstand die Ausführung der Tat schlechthin unmöglich macht [5]).

Zweckentsprechend erscheint es, hier von einem absoluten Hinderungsgrunde zu sprechen [6]).

Ferner besteht auch kein Zweifel daran, daß der Täter dann nicht mehr freiwillig handelt, mithin die Straflosigkeit entfällt, wenn Umstände vorliegen, die gerade nur den Täter an der Ausführung hindern. Allgemein bezeichnet man diesen Fall als relative Unmöglichkeit der Ausführung.

Im Gegensatz zu den vorerwähnten Fällen der absoluten und nur relativen Unmöglichkeit der Ausführung treten die Fälle, in denen die Momente des Nichtkönnens und Nichtwollens beim Täter miteinander verbunden erscheinen und der Täter in der Ausführung seines Vorhabens nur behindert worden ist. Hier liegt die Schwierigkeit, zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Rücktritt eine scharfe Grenzziehung vorzunehmen.

2. Kritik des Begriffes der Freiwilligkeit nach geltendem Recht.

In verschiedener Weise hat man versucht, für derartig gelagerte Fälle — bei denen weder eine absolute noch relative Unmöglichkeit der Ausführung feststellbar ist — eine abstrakte Formulierung zu finden, an Hand deren sich erkennen läßt, inwieweit der Rücktritt des Täters als freiwilliger anzusehen ist oder nicht.

Schwartz [7]) ist hier der Meinung, „daß die hindernden Umstände die Freiwilligkeit dann ausschließen, wenn sie nicht lediglich den Beweggrund zum Rücktrtt geben, sondern einen gewissen Zwang auf den Täter ausüben, indem sie die Erreichung des Erfolges als nicht angängig oder als zu schwierig erscheinen lassen."

Hälschner [8]) wiederum vertritt die Auffassung, daß ein freiwilliger Rücktritt dann nicht vorhanden ist, „wenn der Täter auf ein Hindernis stieß, vor welchem er zurückwich, während er bei

5) Lobe a. a. O., N. 3 spricht hier „von gewissen Verhältnissen", die die Ausführung unmöglich machen, obwohl diese Verhältnisse doch stets äußere Umstände sein werden und treffender auch so bezeichnet werden.

6) So auch die in der Literatur am häufigsten angewendete Terminologie.

7) a. a. O., Anm. 4 b zu § 46.

8) a. a. O., S. 361.

größerer Energie des verbrecherischen Willens es hätte überwinden können".

Von Bar [9]) hält die Freiwilligkeit des Rücktritts dann nicht für gegeben, „wenn der Täter bei der Ausführung ein größeres Hindernis vorfindet, als er es sich zu Beginn seiner Tat vorgestellt hatte und dann deshalb sein Unternehmen aufgibt". Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts [10]) nimmt Ebermayer [11]) in den Fällen, die weder eine absolute noch relative Unmöglichkeit der Ausführung enthalten, an, daß die Freiwilligkeit dann entfalle, „wenn äußere Umstände derart zwingend auf den Täter einwirken, daß ihre Wahrnehmung für seine Willensbildung einen so starken Beweggrund bildet, daß nach den Regeln und Erhebungen des praktischen Lebens dieser Beweggrund notwendig den Willen des Rücktritts hervorrufen mußte und das Gefühl der freien Wahl der den Willen gestaltenden seelischen Anreize aufhob".

3. Die richtige Formulierung Franks.

Alle [12]) vorstehend angeführten Meinungen lassen eine ausreichende Schärfe insofern vermissen, als sie die beim zurücktretenden Täter vorhandenen Momente des Nichtwollens und des Nichtkönnens nicht genügend auseinanderhalten. Sie lassen nicht erkennen, ob die den Rücktritt des Täters veranlassenden Motive nur in der inneren Reflektion des Täters oder ob dieselben in der gegenwärtigen Gestaltung der Objektivität, wie sie sich im Augenblick des Rücktritts darstellt, liegen sollen. Zuzugeben ist ja, daß das Nichtwollen dem Nichtkönnen bisweilen zum Verwechseln ähnlich sehen, beides ineinander überfließen wird. Jedoch, nur dann wird das Vorliegen der Freiwilligkeit zu bejahen sein, wenn neben dem Nichtwollen des Täters kein Nichtkönnen feststellbar wird; oder positiv ausgedrückt, der Rücktritt nur dank solcher Umstände erfolgt, denen die Eigenschaft eines Hinderungsgrundes nur kraft des eigenen Willens des Täters zukommt [13]).

Am klarsten bringt dies in der vorerwähnten, das Nichtwollen gegenüber dem Nichtkönnen hervorhebenden Weise die von

9) Gesetz und Schuld, S. 550.
10) Vgl. R. G. St., 37, 403.
11) a. a. O., N. 3 zu § 46.
12) Eine nur ausgewälte Wiedergabe bedingte die Fülle der in der Wissenschaft versuchten Formulierungen.
13) Olshausen, a. a. O., ad § 46.

Frank gefundene Formulierung zum Ausdruck. Nach ihr ist nämlich der Rücktritt nur dann als ein freiwilliger anzusehen, wenn der Täter sich sagt: „ich will nicht weiterhandeln, selbst wenn ich es könnte".

Umgekehret ist hiernach der Rücktritt kein freiwilliger mehr, wenn der Täter sich sagt, „ich kann nicht zum Ziele gelangen, selbst wenn ich es wollte".

Für das geltende Recht kann in allen denjenigen Fällen, in denen eine absolute oder relative Unmöglichkeit der Ausführung nicht gegeben ist, u. E. die Erkenntnis, ob der Rücktritt ein freiwilliger ist oder nicht, nur mittels Verwendung dieser Frankschen Formulierung gewonnen werden.

II. Die Freiwilligkeit nach § 46 Abs. 2 St. G. B.

1. Im Allgemeinen.

Beim Rücktritt vom beendeten Versuche billigt § 46 Abs. 2 St. G. B. dem Täter dann Straflosigkeit zu, wenn er den Erfolg seines vorangegangenen Handelns „durch eigene Tätigkeit abgewendet hat" und zwar „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war".

Das Moment der Freiwilligkeit wird ersichtlich in § 46 Abs. 2 St. G. B. als Voraussetzung für den Eintritt der Straflosigkeit nicht genannt. Zunächst deutet keine der die Straflosigkeit nach § 46 Abs. 2 bedingenden Voraussetzungen darauf hin, daß in ihnen trotz ihrer rein objektiven Fassung gleichwohl auch ein subjektives Element, nämlich das der Freiwilligkeit seinen Ausdruck finden solle[14]). Aus der nachfolgenden Erwägung geht jedoch hervor, daß auch für den Rücktritt vom beendeten Versuche das Vorhandensein der Freiwilligkeit erforderlich ist, wie wenig auch der gesetzliche Wortlaut dies erkennen läßt.

Der Gesetzgeber bezweckt mit der Vorschrift des § 46 St. B. B., den Täter durch die Aussicht auf Straflosigkeit zur Aufgabe der weiteren Ausführung seines verbrecherischen Vorhabens und, sofern er bereits alles zur Ausführung Erforderliche getan hat, zur Abwendung des Erfolges zu veranlassen. Es würde nun aber dem Gerechtigkeitsgefühl offensichtlich zuwiderlaufen, wollte man die Anforderungen an den Täter beim Rücktritt von dem bereits weiter fortgeschrittenen Verbrechen gerin-

14) Deshalb leugnet H. Meyer, Lehrb., S. 142 und 145 das Vorhandensein des Momentes der Freiwilligkeit in § 46 Abs. 2 überhaupt.

ger stellen als beim weniger weit fortgeschrittenen Delikte. Weit mehr befriedigen würde es das allgemeine Rechtsempfinden, wenn der Rücktritt vom beendigten Versuche erschwert wäre gegenüber dem Rücktritt vom unbeendeten Versuch. Schon hieraus folgt aber, daß in § 46 Abs 2 ebenfalls das Moment der Freiwilligkeit, das ja als Wesenskern der Rücktrittslehre überhaupt bezeichnet werden muß, enthalten sein müßte.

Zweifelhaft kann allerdings vorerst erscheinen, ob die Freiwilligkeit als in beiden der hervorgehobenen Momente, nämlich sowohl in „der eigenen Tätigkeit" als auch im „Nichtentdecktsein" enthalten anzusehen ist oder nur durch eines der genannten gesetzlichen Requisite zum Ausdruck gebracht werden soll. Um dies zu erkennen, bedarf es zunächst der Darlegung dessen, was unter den gesetzlichen Merkmalen der „eigenen Tätigkeit" sowie der „Entdeckung" verstanden werden muß.

2. Die Voraussetzungen der Straflosigkeit nach § 46 Abs. 2 St. G. B.

a) Der Begriff der „eigenen Tätigkeit".

Als eigene Tätigkeit könnte nach strengem Wortsinne nur das angesehen werden, was der Täter persönlich zur Abwendung des von ihm angebahnten Erfolges unmittelbar getan hat. Da nun der Täter in vielen Fällen allein gar nicht in der Lage sein wird, den Erfolg abzuwenden, würde es der Absicht des Gesetzgebers, dem Täter Gelegenheit zu geben, die Resultate seines bisherigen deliktischen Tuns zu beseitigen, widersprechen, wenn man die Subsumierung der vom Täter nur veranlaßten, von dritten Personen aber zur Erfolgsabwendung vorgenommenen Tätigkeit unter den Begriff der „eigenen" Tätigkeit nicht zulassen wollte.

Daher hat sich auch das Reichsgericht dahin ausgesprochen, daß die „eigene Tätigkeit" durch dem Handeln des Täters hinzutretende fremde Kräfte nicht ausgeschlossen werde; denn

> ‚da unter den Worten eigene Tätigkeit natürlich die Wirksamkeit der eigenen Tätigkeit zu verstehen sei . . müsse § 46 Abs. 2 St. G. B. auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Täter die Abwendung des Erfolges durch seine eigene Tätigkeit verursacht habe" [15]).

15) R. G.. St. 1, 376; 15, 45.

Nach dieser auch in der Theorie anerkannten Ansicht [16]) muß das Vorliegen einer eigenen Tätigkeit auf Seiten des Täters auch dann bejaht werden, wenn derselbe nur die die Abwendung des Erfolges bewirkende Handlung in Gang gesetzt, sich selbst jedoch während des Abrollens derselben passiv verhalten hat [17]). Grundsätzlich schließt also fremde Tätigkeit die Straflosigkeit nicht aus, sofern sie nur durch eigene Tätigkeit des Zurücktretenden herbeigeführt wurde; es kommt, wie Herzog [18]) richtig formuliert, lediglich darauf an, „ob seine Tätigkeit wirkliches Kausalglied bei der Erfolgsabwendung war".

In noch weiterer Ausdehnung des Begriffes zu sagen, „es sei einerlei, ob die eigene Tätigkeit des Täters gerade zur Abwendung des Erfolges vorgenommen wurde oder nur denselben zur Folge hatte", wird man jedoch als zu weitgehend ablehnen müssen, da sich in § 46 Abs. 2 kein Anhaltspunkt dafür bietet, daß das den Erfolg vereitelnde Handeln des Täters auch unbewußt, d. h. nicht vorsätzlch ausgeführt sein könne [19]). Vielmehr muß, da das Gesetz nichts anderees besagt, — was es sonst tut, wenn es neben dem Vorsatz ein anderes subjektives Merkmal fordert, — daran festgehalten werden, daß der Täter sich über den Sinn und Zweck seines Handelns im Klaren ist, das eben die Erfolgsabwendung zum Ziele hat [20]).

b) Der Begriff der „Entdeckung".

Die den Erfolg des deliktischen Tuns abwendende Tätigkeit muß vorgenommen worden sein, bevor die Straftat entdeckt war, widrigenfalls das Gesetz das Fehlen der Freiwilligkeit bei dem Zurücktretenden unwiderleglich vermutet, und Straflosigkeit nicht eintreten kann.

In richtiger Deutung des vom Gesetze gebrauchten Ausdruckes kann nur eine solche Tat entdeckt werden, die bis dahin noch verdeckt, d. h. geheim gewesen ist [21]). Danch kann eine Tat, die von Anfang an offenkundig, d. h. als solche einer

16) vgl. Frank, Komm., § 46 N. III, 1; v. Liszt, a. a. O. § 48 III; Hatzig, S. 51.

17) Zustimmend Hälschner, a. a. O., S. 362; Herzog a. a. O., S. 246; Olshausen, § 46 Nr. 18; Baumgarten, a. a. O., S. 463.

18) a. a. O., S. 247.

19) A. A. Rubo, a. a. O., § 46 N. 10.

20) Zustimmend Olshausen, a. a. O., § 46 N. 17.

21) So statt vieler: Lobe, a. a. O., § 46 N. 5a; Frank, Komm., § 46 N. III, 2a; Olshausen, a. a. O., § 46 N. 20.

individuell nicht bestimmten Anzahl von Menschen wahrnehmbar gewesen ist, nicht mehr entdeckt werden. Hier kann also, gleichviel, ob der Täter es unternimmt, den Erfolg seines vorangegangenen Tuns abzuwenden, der Strafaufhebungsgrund des § 46 Abs. 2 St. G. B. s nicht mehr zur Anwendung gelangen.

Indes ist es nicht erforderlich, daß der Täter nur allein um seine Tat weiß, um dieselbe überhaupt als entdeckungsfähig zu bezeichnen. Vielmehr ist die Tat auch dann noch als geheim anzusehen, wenn sie bereits einen größeren Mitwisserkreis hat, soweit er sich auf solche Personen beschränkt, die ihre Kenntnis erlangt haben in ihrer Eigenschaft als Teilnehmer am Verbrechen oder als Vertraute des Täters. In dieser Annahme ist sich die Wissenschaft einig; allerdings begnügt man sich zumeist mit der einfachen Feststellung der in dieser Beziehung herrschenden Einhelligkeit. Darum ist hier die zutreffende Begründung Franks [22]) hervorhebenswert, der darauf hinweist, der Umstand, daß mehreren bestimmten Personen etwas bekannt sei, könne deshalb der Heimlichkeit nicht entgegenstehen und die Entdeckungsfähigkeit beseitigen, weil das St. G. B. selbst in § 300 etwas als geheim bezeichne, wiewohl dessen Kenntnis dort bei bestimmten Personen vorausgesetzt werde [23]). Man wird daher die Entdeckung einer Tat dann als nicht vorliegend erachten müssen, wenn dritte Personen mit Willen des Täters von derselben Kenntnis erhalten haben., da die Freiwilligkeit durch den Täter selbst nicht beseitigt werden kann [24]).

Weiter noch hat in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht [25]) die herrschende Lehre den Kreis der Fälle, in denen eine Entdeckung anzunehmen ist, dadurch beschränkt, daß sie eine Entdeckung nur erblickt in der Kenntnisnahme von Seiten einer Person, der eine Hinderung des Enderfolges oder die Veranlassung einer Strafverfolgung zuzutrauen ist [26]). Allerdings darf diese Auffassung nicht etwa so weit führen, daß eine Entdeckung nur dann anzunehmen ist, wenn eine zur strafrechtlichen Verfolgung befugte Behörde Kenntnis von der Tat erlangt hat, sondern es kann die Tat sogar auch von einem Angehörigen des Täters

---

22) Kommentar, § 46 N. III. 2a.

23) Frank, V. u. V., S. 234; Geheim ist etwas dann, wenn auf die Verschwiegenheit der Wissenden gerechnet wird.

24) Hierher gehört auch der Fall, wenn der Täter den Angegriffenen selbst verständigt, um auf diese Weise die Erfolgsabwendung herbeizuführen.

25) R. G. St., 1, 307; 38; 402; 47; 75.

26) Ebermayer, a. a. O., § 46 N. 3a; vgl. M. E. Mayer a. a. O S 374,

entdeckt werden, sofern demselben nur die Hinderung des Enderfolges oder die Veranlassung einer Strafverfolgung zuzutrauen ist [27]).

Nach dem vorstehend Angeführten ist grundsätzlich zu bejahen, daß auch der, gegen den die strafbare Handlung sich richtet, dieselbe entdecken kann, mit der Wirkung, daß die Straflosigkeit entfällt.

Zu Zweifeln hat die Beurteilung der Fälle Anlaß gegeben, in denen die Kenntnisnahme seitens des Angegriffenen zum Tatbestande der Straftat selbst gehört, wie dies z. B. bei den Delikten der Bedrohung, Nötigung, der Erpressung und des Menschenraubes [28]) u. a. m. der Fall ist. Allgemein anerkannt ist hier, daß diese strafbaren Handlungen überhaupt nicht entdeckt werden können, da sie zugleich mit ihrem Beginn zur Wahrnehmung des Angegriffenen gelangt sind. Wenn nun das Reichsgericht [29]) hier argumentiert, daß auf solche strafbaren Handlungen § 46 Abs. 2 St. G. B. deshalb keine Anwendung finden könne,

„weil § 46 Abs. 2 offenbar strafbare Handlungen, welche entdeckt werden könnten, voraussetze“ [30])

so ist dies ein Schluß, der zu Zweifeln Anlaß gibt. Allerdings ist die Wahrnehmung des Angegriffenen keine Entdeckung in dem oben festgestellten Sinne, wohl aber steht sie derselben völlig gleich; sie ist gewissermaßen eine zeitlich vorgelagerte mit der Entstehung der strafbaren Handlung zusammenfallende Entdeckung. Deshalb muß sie einer Kenntnisnahme, die erst erfolgt, nachdem eine strafbare Handlung bereits gewisse Zeit verborgen war, gleichgesetzt werden, so daß die Straflosigkeit in den erwähnten Fällen deshalb nicht eintritt, weil die Voraussetzung der Nichtentdeckung des § 46 Abs. 2 nicht gegeben ist [31]).

Die bekannte Ausdrucksweise des Gesetzes hinsichtlich der Entdeckung der Handlung läßt den Schluß zu, daß ein bloßer Verdacht nicht genügt. Es ist eine strafbare Handlung also dann noch nicht als „entdeckt“ anzusehen, wenn das bloße äußere Tun des Täters zur Wahrnehmung eines Dritten gelangt ist [32]). Sobald der Dritte jedoch den äußeren Erfolg als Wirkung einer strafba-

---

27) R. G. St., 3, 93; Olshausen, a. a. O., § 46 N. 23.
28) §§ 241, 240, 263, 234 St. G. B.
29) R. G. St., 1, 307.
30) Ebenso Baumgarten, a. a. O. S. 465; Oppenhoff, a. a. O., § 46, Nr. 13; Olshausen, a. a. O., § 46, N. 20.
31) Ebermayer, a. a. O., § 46 N. 5a.
32) Olshausen, a. a. O., § 46 N. 24; Frank, Komm. N. III, 2b.

ren Handlung erkannt hat, wird die Entdeckung als erfolgt gelten müssen.

Allerdings wird, wie das Reichsgericht [33]) ausführt, vom Gesetze nicht gefordert, daß

> „volle Gewißheit und detaillierte Kenntnis der Modalitäten der Handlung"

vorliege. Insoweit ist der Auffassung des Reichsgerichts beizupflichten. Wenn vom Reichsgericht jedoch noch weitergehend der Standpunkt vertreten wird,

> „daß es nicht einmal erforderlich sei, daß derjenige, welcher Kenntnis von Wirkungen erhalten hat, sich sofort und bevor der zur Vollendung des Verbrechens erforderliche Erfolg vom Täter abgewendet worden ist, eine Ansicht darüber bildet, ob jene Wirkungen von einer strafbaren Handlung herrühren" [34]),

um als Entdeckung im Sinne des Gesetzes zu gelten, so ist dies als zu weitgehend abzulehnen. Gewiß soll nicht gefordert werden, daß der wahrnehmende Dritte die Straftat bereits in ihrer rechtlichen Bedeutung erkennt, sie vielleicht gar unter den zutreffenden Tatbestandsmerkmalen würdigt, jedoch als strafbare Handlung schlechthin muß er sie erkannt haben, wenn von einer Entdeckung im Sinne des § 46 Abs. 2 St. G. B. gesprochen werden soll [35]).

Aus der Formulierung, die § 46 Abs. 2 St. G. B. an das Erfordernis des „Nichtentdecktseins" stellt, folgt, daß dieses eine rein objektive Bedingung darstellt. Daher kann es hier auf subjektive Gesichtspunkte nicht ankommen. War die Tat bereits entdeckt, ohne daß dieser Umstand zur Kenntnis des Täters gelangt war, so kann Straflosigkeit für dieselben nicht mehr eintreten. War der Täter hingegen irrtümlich der Meinung, die Tat sei entdeckt, so tritt, wenn er dann noch den Erfolg abwendet, Straflosigkeit gleichwohl ein [36]).

---

33) R. G. St., 3, 93; 4, 37; ebenso Baumgarten, a. a. O., S. 466; Rüdorff, a. a. O., § 46 N. 9; Schwarze, Komm., § 46 N .1.
34) R. G. St., 3, 93; Finger, a. a. O., S. 322, Anm. 413.
35) Zustimmend Baumgarten, a. a. O., S. 466; Meyer-Allfeld, a. a. O., S. 182.
36) Binding, a. a. O., S. 139; Baumgarten, a. a. O., S. 466; M. E. Mayer, a. a. O., S. 373.

3. Die Freiwilligkeit als innerer Tatbestand der „eigenen Tätigkeit".

Es bleibt nun noch Stellung zu nehmen zu der Frage, ob sowohl durch die Gesetzesworte „durch eigene Tätigkeit" als auch durch das Erfordernis der „Nichtentdeckung" die Freiwilligkeit zum Ausdruck gebracht werden soll. Beide gesetzliche Voraussetzungen sind objektive Merkmale.

Das die Straflosigkeit des Täters aufhebende Moment der Entdeckung stellt sich dar als ein Umstand, der völlig unabhängig von dem Willen des Täters eintreten kann; lediglich von Dritten, zu dem Täter in keinerlei Beziehungen stehenden Personen, kann die Entdeckung herbeigeführt werden. Daher braucht der Täter von der Entdeckung keine Kenntnis zu haben, ja er wird regelmäßig wenigstens im Augenblicke derselben von ihr nichts wissen. Es kann aber doch nur dann die Freiwilligkeit des Täters aufgehoben werden, wenn er erfährt, daß er entdeckt ist und dieser Umstand so nachhaltig auf ihn einwirkt, daß seine Willensentschließung bindend beeinflußt wird. Denkbar bleibt also auch dann doch, wenn dem Täter die Tatsache der Entdeckung bekannt geworden ist, daß er gleichwohl freiwillig den Erfolg abwendet, so wenn er z. B. sich gegen jedwede Verfolgung und Bestrafung gesichert weiß [37]). Daraus folgt aber, daß das Moment der Nichtentdeckung begrifflich die Freiwilligkeit nicht in sich schließt [38]).

In dem Erfordernis der „Abwendung durch eigene Tätigkeit" ist hingegen die Freiwilligkeit als notwendiger innerer Bestandteil vorausgesetzt. Der Beweis hierfür ist nur indirekt zu führen: Daß dem § 46 Abs. 2 St. G. B. in seiner Gesamtheit das Erfordernis der Freiwilligkeit des Zurücktretenden zu Grunde liegt, ist nicht bestritten, da andernfalls der Täter, der bereits alles zur Ausführung der Tat Erforderliche getan hat, günstiger gestellt sein würde als derjenige, welcher damit erst begonnen hat (§ 46 Abs. 1), derartiges das Gesetz aber nicht gewollt haben kann [39]). Da nun aber die Freiwilligkeit in dem Erfordernis der „Nichtentdeckung", wie oben dargetan, keinen Ausdruck ge-

---

37) Berner, Verh., S. 133.

38) A. A. Hatzig, S. 47 unter mißverständlicher Deutung der Ansicht Berners in Verhldg., S. 133.

39) Vgl. R. G. St., 38, 402.

funden hat, so folgt hieraus, daß das Gesetz allein in den Worten „eigene Tätigkeit" dem Momente der Freiwilligkeit hat Ausdruck verleihen wollen [40]).

40) Zustimmend: R. G. St., I, 376; 38, 402. . . „Diese Voraussetzung der Freiwilligkeit hat auch in § 46 Abs. 2 insofern Ausdruck gefunden, als danach die Abwendung des Erfolges auf eigener Tätigkeit beruhen muß".

Ebenso: Herzog, a. a. O., S. 246; v. Liszt, a. a. O., § 48 III. A A Spohr, a. a. O, S. 55.

3. Abschnitt.

Der Begriff „aus freien Stücken" nach § 24 A. E. 25.

I. Das positive Erfordernis der Freiwilligkeit:

1. Seine Einführung in die Entwürfe.

Seit dem Inkrafttreten des geltenden Strafgesetzbuches bilden einen ständigen Angriffspunkt für die Strafrechtswissenschaft die in § 46 St. G. B. normierten Voraussetzungen des freiwilligen Rücktritts vom Versuch.

Beim Rücktritt vom nicht beendeten Versuche (§ 46 Abs. 1) ist es die sich dreier Negative bedienende, objektiv gefaßte Umschreibung des Merkmals der Freiwilligkeit, die eine einheitliche Auslegung und gleichmäßge Anwendung dieser Gesetzesstelle verhindert hat[1]).

In noch weit höherem Maße hat jedoch die Formulierung der Voraussetzungen des Rücktritts vom beendeten Versuche in § 46 Abs. 2 St. G. B. zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben. Denn hier ist vom Gesetze des Freiwilligkeit überhaupt keine Erwähnung getan. Ferner wird in § 46 Abs. 2 durch den rein objektiv gefaßten Umstand der „Entdeckung die Möglichkeit der Straflosigkeit des Zurücktretenden überhaupt beseitigt, wodurch der vornehmlich aus Präventivtendenzen resultierende gesetzgeberische Grundgedanke gleichzeitig stark verfälscht worden ist"[2]).

Diese in der Wissenschaft immer wieder hervorgehobenen Mängel der Fassung des § 46 St. G. B. — daß die Formulierung des § 46 nicht ohne Grund gewählt wurde und auch nicht zu unterschätzende Vorteile in ihrer praktischen Anwendbarkeit bietet, soll unten dargelegt werden[3]), — waren Veranlassung, daß der deutsche Vorerentwurf (V. E.) von 1909 das Kriterium der Freiwilligkeit positiv und zwar sowohl für den Rücktritt vom nicht-beendeten wie auch vom beendeten Versuch als einzige und maßgebliche Voraussetzung für die Straflosigkeit des Rücktritts aufgestellt hat, indem § 77 V. E. lautet:

---

1) Dohna, a. a. O., S. 101.
2) Schoetensack, a. a. O., S. 427.
3) Vgl. unten S. 41 ff.

„Die Straflosigkeit des Versuches fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat“ [4]).

Mit dieser Fassung stimmt auch der Wortlaut des Gegenentwurfes (G. E.) in seinem § 30 überein [5]).

In sachlich gleicher Bedeutung, lediglich unter Veränderung der Wortstellung ist auch die Strafrechtskommission in ihrem Entwurf von 1913 in § 31, Abs. 1 bei der Formulierung des V. E. stehen geblieben:

„Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat.“

Daß hier und ebenso in § 77 V. E. trotz der Voranstellung des Wortes „freiwillig“ dieses Erfordernis sich auch auf den Rücktritt vom beendeten Versuche bezieht, ist nicht zu bezweifeln, wiewohl unter Hintansetzung sprachlicher Vollkommenheit durch eine Wiederholung des „freiwillig“ im zweiten Halbsatz jedweden auftauchenden Bedenken besser begegnet worden wäre [6]).

Aus diesem Grunde hat denn auch der Entwurf von 1919 in § 25 die für den Rücktritt vom nicht beendeten und beendeten Versuche aufgestellten Erfordernisse in zwei Absätzen getrennt und in jedem gesondert das Merkmal der Freiwilligkeit bezeichnet:

„Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die Ausführung aufgegeben hat.“

„Wegen Versuchs wird ferner nicht bestraft, wer freiwillig den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat.“

Der amtliche Entwurf von 1925 (A. E.) hat nun hinsichtlich des die Freiwilligkeit bezeichnenden Ausdruckes eine Abänderung getroffen, indem er in § 24 formuliert:

„Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder verhindert.“

„Wegen Versuchs wird ferner nicht bestraft, wer den zur

---

4) Aehnlich der schweizerische Vorentwurf von 1909, Art. 22 Abs. 3: „Wer freiwillig von dem Versuche absteht, oder den Erfolg des Verbrechens verhindert, wird straflos“.

5) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Text und Begründung von Kahl, von Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt, 1911.

6) M. E. Mayer, V. u. T., S. 351: Die Formulierung würde wohl noch deutlicher werden, wenn das Wort freiwillig hinter „oder“ wiederholt wird.

Vollendung gehörigen Erfolg aus freien Stücken abwendet."

Weshalb der A.E. von 1925[7]) die Bezeichnung „aus freien Stücken" an Stelle des in den vorangegangenen Entwürfen verwendeten Ausdruckes „freiwillig" gewählt hat, geht aus der Begründung des A. E. nicht hervor. Der Annahme Spohrs[8]), der A. E. habe das Wort „freiwillig" durch die Wendung „aus freien Stücken" ersetzt, um jede Stellungnahme zu der bestehenden Kontroverse über die Willensfreiheit zu vermeiden[9]), dürfte beizutreten sein. Denn anders ließe sich die Verwendung eines sprachlich offenbar weniger geläufigen Ausdruckes kaum begründen.

2. Seine Gleichsetzung mit dem Begriff „aus freien Stücken".

Gegenüber der in § 24 A. E. vorgenommenen Abänderung des Ausdruckes erhebt sich zunächst die Frage, ob die hier gebrauchte sprachliche Wendung „aus freien Stücken" mit der Bedeutung des Wortes „freiwillig" identisch oder verschieden ist.

Daß nun eine Verschiedenheit des Sinnes beider Ausdrücke nicht besteht, erhellt, wenn man dem ethymologischen Ursprunge derselben nachgeht. Aus freien Stücken handeln heißt, daß der Handelnde in seinem Tun unbehindert ist, daß seine Tätigkeit auf seiner Wahl und Willkür beruhe, oder auch, daß er freie Hand habe, seine Handlung aus freiem Entschluß entspringe[10]). Diese mit der sprachlichen Wendung „aus freien Stücken" gleichbedeutenden Ausdrücke sind aber ihrerseits mit dem Sinne des Wortes „freiwillig" oder der substantivierten Form „Freiwilligkeit" kongruent. Hieraus folgt dann aber, daß durch die Formulierung „aus freien Stücken" nichts anderes zum Ausdruck

---

7) Der dem § 24 A. E. entsprechende § 27 der Reichstagsvorlage des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs vom 19. Mai 1927 (R. T. V.) weist dem § 24 A. E. gegenüber einige Aenderungen auf, die jedoch für das vorliegende Thema nicht von Bedeutung sind:

§ 27 R. T. V. lautet in dem hier interessierenden Teil: Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder bei Beteiligung mehrerer verhindert.

Wegen Versuchs wird ferner nicht bestraft, wer aus freien Stücken den zur Vollendung gehörigen Erfolg abwendet.

8) a. a. O., S. 61.

9) Vgl. hierzu R. G. St., 37, 405.

10) Vgl. I. u. W. Grimms Wörterbuch; ferner Frank, V. und V., S. 229.

gebracht werden soll, als es durch die Verwendung des Wortes „freiwillig“ oder „Freiwilligkeit“ geschehen könnte[11]).

Die Voranschickung dieser Erörterung erwies sich um deswillen als erforderlich, weil die Literatur und Rechtsprechung bei Abhandlung des Rücktritts vom Versuch sich des vom amtlichen Entwurf 1925 verwendeten Ausdruckes noch nicht bedient und daher im folgenden beide Wendungen nebeneinander in gleicher Bedeutung angewendet werden müssen.

II. Erörterung der materiellen Aenderungen des § 24 A. E. 25 gegenüber § 46 St. G. B.

1. Im allgemeinen.

Weiterhin ist zu erörtern, welche sachlichen Abänderungen durch die Fassung des § 24 A. E. gegenüber der Bestimmung des geltenden Rechts über den Strafausschließungsgrund des freiwilligen Rücktritts geschaffen worden sind.

a) Die Gleichheit der subjektiven Voraussetzung für die Straflosigkeit der beiden Versuchsarten.

Das geltende Strafgesetz erfordert ausdrücklich durch die Wendung „wenn der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren“, (§ 46 Abs. 1) nur für den Fall des Rücktritts vom unbeendeten Versuche ein auf dem eigenen Willen des Täters beruhendes, freiwilliges Handeln. Bei dem beendeten Versuche (§ 46 Abs. 2) hingegen macht es die Straflosigkeit des Rücktritts lediglich von dem objektiven Umstand der Nichtentdeckung abhängig, ohne dem Erfordernis der Freiwilligkeit Ausdruck zu verleihen. Gewiß wird nun auch für den Fall des § 46 Abs. 2 St. G. B. von der überwiegenden Meinung angenommen, daß hier die Freiwilligkeit des Handelns des Täters ebenso notwendige Voraussetzung sei, wie beim Rücktritt vom unbeendeten Versuch. Jedoch ist nicht zu verkennen, daß im Gesetz selbst diese Auslegung keine greifbare Stütze findet. Vielmehr hat nur der dem § 46 St. G. B. in seiner Gesamtheit zu Grunde liegende Gedanke, daß der vom beendeten Versuche zurücktretende Täter die Rechtsordnung bereits in höherem Maße gefährdet hatte, als

11) Vgl. R. G. St. 55, 67, wo die Wendung „aus freien Stücken dem Begriffe der „Freiwilligkeit“ ebenfalls gleichgesetzt ist.

derjenige, der von nicht beendeten Versuche absteht und jener nicht besser gestellt werden dürfe als dieser, dazu geführt, das Kriterium der Freiwilligkeit auch als Voraussetzung für die nach § 46 Abs. 2 eintretende Straflosigkeit anzusehen. Gleichwohl weist § 46 Abs. 2 St. G. B. einen erheblichen Mangel des Ausdrucks auf, der eben auch eine andere Auffassung als die herrschende hätte gerechtfertigt erscheinen lassen, nämlich die Leugnung des Erfordernisses der Freiwilligkeit als Voraussetzung für die Straflosigkeit beim beendeten Versuch [12]).

Hier schafft nun § 24 A. E. zunächst eine Wandlung. Sowohl für den Rücktritt vom nicht beendeten wie vom beendeten Versuch wird erfordert, daß der Täter aus freien Stücken, mithin freiwillig gehandelt haben müsse. — Inwieweit die so herbeigeführte Gleichbehandlung beider Versuchsarten zu einem Widerspruch mit dem bereits erwähnten im geltenden Rechte beachteten Grundgedanken des verschiedenen Grades der Gefährdung führt, soll weiter unten erörtert werden [13]).

b) Fortfall des objektiven Kriteriums der Entdeckung.

Ferner läßt § 24 A. E. das im § 46 Abs. 2 enthaltene Merkmal der Entdeckung gänzlich fallen; zugleich damit beseitigt er eine dem geltenden Gesetze innewohnende außerordentliche Härte. Denn nach der Fassung des § 46 Abs. 2 St. G. B. mußte dem Täter, der nach erfolgter, ihm jedoch nicht zur Kenntnis gelangter Entdeckung, freiwillig zurücktrat, die Straflosigkeit gleichwohl versagt bleiben.

Der Fortfall des Kriteriums der Entdeckung hat jedoch noch weitere Abänderungen gegenüber dem geltenden Rechte im Gefolge. Denn während de lege lata der freiwillige Rücktritt vom beendeten Versuche überall dort nicht zur Straflosigkeit führen konnte, wo nach dem Wesen gewisser Delikte die Kenntnis des Angegriffenen begrifflich zum Tatbestande derselben gehört oder der Täter von vornherein in der Oeffentlichkeit handelte, kann gemäß § 24 A. E. in allen derartigen Fällen dem Zurücktretenden die Straflosigkeit zuteil werden, sofern er nur die alleinige Voraussetzung der Freiwilligkeit erfüllt.

---

12) Vgl. oben S. 14 ff.
13) Vgl. unten S. 45 ff.

2. In der Begründung des A. E. 25.

Die Frage, wann der Rücktritt als ein freiwilliger anzusehen ist, wird von dem zukünftigen Gesetzestexte nicht näher umschrieben, wohl aber ist in der Begründung des A. E. Veranlassung genommen, den Begriff der Freiwilligkeit zu deuten, indem dort ausgeführt wird:

> „In beiden Fällen" — d. h.: sowohl beim nichtbeendeten wie beim beendeten Versuche — „muß der Rücktritt aus freien Stücken geschehen. Das ist der Fall, wenn der Täter seinen Entschluß aus eigenem Antrieb ändert, ohne durch äußere Umstände, wie z. B. drohende Entdeckung, dazu veranlaßt zu sein."

Die hier vom künftigen Gesetzgeber vertretene Auffassung des Begriffes der Freiwilligkeit enthielte, — sofern man ihr gegenüber dem Gesetzeswortlaut Maßgeblichkeit zuspricht, — gegenüber der aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 St. G. B. überkommenenen Anschauung eine einschneidende Aenderung; denn nach § 46 Abs. 1 St. G. B. haben — wie die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung der Fassung des § 46 ergab — auch die sogenannten facta interna als hindernde Umstände zu gelten, sofern sie einen Zwang auf den freien Willensentschluß des Täters auszuüben imstande sind. Demgegenüber sollen nach der Begründung des A. E. künftig lediglich äußere Umstände ein freiwilliges Handeln des Täters beim Rücktritt auszuschließen geeignet sein.

a) Der angebliche Fortfall der „facta interna" als die Freiwilligkeit ausschließender Umstände.

Zu beachten ist hierbei allerdings, daß die Hervorhebung, äußere Umstände sollen nach § 24 A. E. die Freiwilligkeit auszuschließen imstande sein, nicht im Texte des künftigen Gesetzes selbst, sondern lediglich in seiner Begründung Aufnahme gefunden hat. Wenn man jedoch in Betracht zieht, welche gewichtige Bedeutung den Materialien eines Gesetzes bei künftiger Interpretation desselben zukommt, so läßt sich nicht verkennen, daß durch den Wortlaut der Begründung eine wesentliche Abänderung der bisherigen zur Frage des freiwilligen Rücktritts vom Versuche, und zwar des unbeendeten, gepflogenen Judikatur und der mit dieser übereinstimmenden Lehrmeinungen in die Wege geleitet würde. Deshalb ist es notwendig, zum Wortlaut der Begründung des A. E. Stellung zu nehmen.

Zunächst könnte es nach der Ausdrucksweise der Begründung den Anschein haben, als ob durch die hier gegebene Begriffsbestimmung der Freiwilligkeit eine bestimmte Abänderung der Rechtsprechung ausdrücklich erstrebt und bezweckt werde. Daß dies jedoch nicht der Fall ist, vielmehr die Worte: „ohne durch äußere Umstände usw". offensichtlich nur durch unsorgfältige Redaktion der Begründung in diese gelangt sind, ergibt die historische Entwicklung, welche die „äußeren Umstände" in der Rücktrittslehre erfahren haben. Auf sie ist daher kurz einzugehen.

Vorweg ist zu erörtern, wann mit Bezug auf die Freiwilligkeit des Rücktritts von äußeren Umständen gesprochen werden kann, und in welchen Fällen Umständen lediglich der Charakter von sogenannten „facta interna" zuzusprechen ist. Man wird hier nicht fehlgehen, wenn man als äußeren Umstand nur ein solches Hemmnis ansieht, das objektiv vorhanden ist, nicht also nur in der irrtümlichen Vorstellung des Täters existiert. Aus dem hierzu gebildeten Gegensatze wird sodann ersichtlich, daß alle diejenigen Umstände, denen die Objekitivität mangelt, zu den „facta interna" gezählt werden müssen.

Nun hatte sich vor dem Inkrafttreten des derzeit geltenden St. G. B. im Geltungsbereich des § 31 Pr. St. G. B. — der lediglich „äußere Umstände" als die Freiwilligkeit beim Rücktritt hindernde Momente ansah, — bereits die Anschauung Geltung errungen, daß der Täter auch dann nicht mehr freiwillig vom Versuche zurückgetreten sei, wenn er irrtümlicherweise das Vorhandensein eines äußerenen Hindernisses vermutet habe. Es wurde also der nur angenommene, in Wirklichkeit gar nicht vorhandene hindernde Umstand einem tatsächlich existenten gleichgesetzt. Diese im besonderen von Zachariae [14]) vertretene, durch weite Interpretation des Gesetzes gewonnene Auffassung, die mit dem Wortlaut des § 31 Pr. St. G. B. an sich nicht zu vereinbaren war, ist bei Schaffung des geltenden St. G. B. zur gesetzlichen Anerkennung gelangt, indem § 46 Abs. 1 das Wort „äußere" weggelassen hat [15]). Bei diesem Wortlaut des Gesetzes ist es gegenwär-

14) Arch. Bd. 5, S. 588, § 10 lit. a.

15) R. G. St. 37, 405: „Nach der entsprechenden Vorschrift des Pr. St. G. B. war der Versuch nur dann strafbar, wenn der Täter bloß durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände an der Vollendung gehindert war, jetzt lautet die entsprechende Frage dahin, ob er überhaupt durch dergleichen ‚Umstände' gehindert worden ist. Die letzten Hinderungsgründe für den Wollenden sind eben ausnahmslos innere Vorgänge."

tig allerdings zu rechtfertigen, daß auch ein nur auf Sinnestäuschung oder sonst irrtümlicher Vorstellung des Täters beruhendes Hindernis dem wirklich vorhandenen gleichgeachtet wird. M. a. W. es ist nach § 46 Abs. 1 St. B. B. die Annahme gerechtfertigt, daß das dem Täter nur subjektiv erscheinende, objektiv aber fehlende Hemmnis Straflosigkeit nicht herbeizuführen vermag, oder wie Frank [16]) es ausdrückt, „daß der Freiwilligkeit des Rücktritts nicht nur ein wirkliches, sondern ein vermeintliches Hindernis entgegenstehe".

Diese auf das subjektive Moment eingestellte Auffassung hat sich für das geltende Recht zur herrschenden entwickelt. Insbesondere hat auch das Reichsgericht die Ansicht vertreten, daß der Rücktritt als Folge einer auch nur „vermeintlichen Unmöglichkeit die Straftat zur Vollendung zu bringen, als ein freiwilliger nicht mehr angesehen werden könne" [17]).

Wie Frank [18]) hinsichtlich dieser zum Wortlaut des § 46 Abs. 1 St. G. B. geübten Interpretation richtig hervorhebt, ist dieselbe deshalb geboten, weil beim Rücktritt vom Versuch die Aufgabe des Richters darin bestehen muß, die Intensität des verbrecherischen Willens zu erkennen und festzustellen, ob der Tatwille sich aus sich selbst heraus überwunden habe, oder ob dieser Erfolg lediglich, — sei es durch äußere oder nur innere — in jedem Falle aber durch die freie Entschließung des Täters beeinflussende Hemmnisse herbeigeführt worden ist, wenn anders die den § 46 St. G. B. gleichermaßen wie das St. G. B. in seinen sonstigen Bestimmungen beherrschenden allgemeinen Grundsätze der strafrechtlichen Verantwortlichkeit keine Verletzung erfahren sollen.

Deshalb kann es nicht gebilligt werden, wenn die Begründung des A. E. es unternimmt, die Freiwilligkeit des Rücktritts lediglich dann für nicht gegeben zu erachten, wenn der Täter durch äußere Umstände dazu veranlaßt worden ist, von seinem verbrecherischen Handeln abzulassen. Wie schon oben [19]) erwähnt, ist es allerdings nicht das Gesetz selbst, das den Begriff „aus freien Stücken" mit der „Nichthinderung durch äußere Umstände" definiert. Jedoch allzu nahe liegt es, daß die künftige Rechtsprechung, vor die Aufgabe gestellt, den Begriff der Freiwilligkeit des § 24 A. E. zu interpretieren, zu diesem Zwecke auf die vorhandene Begründung zurückgreift. Daß hierin gleichzei-

16) Kom. zu § 46, Anm. II.
17) R. G. St. 16, 182.
18) Komm. zu § 46, Anm. II.
19) Vgl. S. 27.

tig dann die Gefahr liegt, daß die im geltenden Rechte richtigerweise entwickelte Auffassung von den die Freiwilligkeit ausschliessenden Momenten umgestoßen werde, erhellt aus der Erwägung, daß die Begründung eines Gesetzes stets lichtvolle Anhaltspunkte über den dasselbe beherrschenden Gedanken gibt [20]). Jedenfalls ist es angezeigt, auf den hier der Begründung offensichtlich unterlaufenen Irrtum rechtzeitig hinzuweisen, um so eine spätere weitgreifende Auswirkung desselben zu inhibieren.

b) Drohende Entdeckung.

Wie die Begründung des A. E. in ihrem oben bereits wiedergegebenen Wortlaut sagt, soll der Rücktritt auch dann nicht mehr als aus freien Stücken erfolgt anzusehen sein, wenn der Täter hierzu durch „drohende Entdeckung" veranlaßt worden ist.

Droht nun eine Entdeckung, so bedeutet dies, daß in der Außenwelt ein Umstand vorhanden ist, der, sofern der Täter um seinetwillen von dem begonnenen Delikte absteht, schon durch seine Eigenschaft als äußerer Umstand geeignet ist, die Freiwilligkeit des Rücktritts auszuschließen.

Daß nun eine Aufgabe des Verbrechens bei drohender Entdeckung dem Täter, der dieselbe in dem Sinne würdigt, daß er Hinderung der Vollendung von ihr befürchtet, Straflosigkeit nicht mehr verschaffen kann, ist auch nach geltendem Rechte allseitig anerkannt. Daher war es überflüssig, daß die Begründung des A. E. hierauf nochmals ausdrücklich hinwies.

3. Die Furcht vor Entdeckung.

Dagegen wäre es verdienstlich gewesen, wenn die derzeit äußerst umstrittene Frage, ob der Rücktritt aus Furcht vor Entdeckung überhaupt, ohne daß die Gefahr wirklich besteht, die Freiwilligkeit des Täters aufhebe, vom A. E. berücksichtigt worden wäre, oder zum mindesten die Begründung einen Hinweis hierauf enthielte.

---

20) Enneccerus, Lerbuch, Allgemeiner Teil, § 50, I, 2. Wenn auch hier der Begründung eines Gesetzentwurfes nicht eine so weitgehende Bedeutung beigemessen wird, wie die sogenannte Pakten-Theorie es will, nach welcher anzunehmen sein soll, daß die Redaktoren eines Gesetzes, wenn kein Widerspruch erfolgte, stillschweigend sich auf den in den Motiven oder der Begründung entwickelten oder von Regierungsvertretern expressis verbis dargelegten Sinn geeinigt hätten;
Gegen diesen Standpunkt vgl. besonders Binding, Normen II. Aufl. 1890, § 100, Note 3.

Da dies nun nicht der Fall ist, erscheint es geboten, durch Untersuchung des durch § 24 A. E. mit der Wendung „aus freien Stücken" gegebenen Begriffes der Freiwilligkeit, festzustellen, ob die Furcht vor Entdeckung de lege ferenda die Straflosigkeit des Täters beseitigt.

Hierbei muß stets davon ausgegangen werden und maßgeblicher Gesichtspunkt bleiben, welche Bedeutung der Täter einer etwaigen Entdeckung beimißt, und inwieweit er in einer solchen nur erwogenen Möglichkeit eine Einwirkung auf die Vollendung seiner verbrecherischen Handlung erblickt. Sofern er die mögliche Entdeckung lediglich als ersten Schritt zu seiner nachfolgenden Bestrafung wertet und er, um dieser zu entgehen, von der Fortsetzung des Verbrechens absteht, ist der Schluß, daß er unfreiwillig zurückgetreten sei, nicht gerechtfertigt. Denn in der bezeichneten Situation ist der Zurücktretende immer noch nicht an der Fortsetzung der Tat gehindert, da er ja von der Entdeckung lediglich Bestrafung fürchtet und er sich stets noch sagen konnte, wie Frank richtig hervorhebt: „Ich kann die Tat noch vollenden" [21]).

In dieser Frage hat das Reichsgericht [22]) in seiner Rechtsprechung zu § 46 St. G. B. allerdings eine gegensätzliche Stellungnahme offenbart, indem es annimmt, daß die Freiwilligkeit des Rücktritts auch schon durch die Furcht vor der Entdeckung der Tat generell, mithin also auch durch die Furcht vor bloßer Bestrafung ausgeschlossen werde.

Wie verfehlt diese Auffassung ist, geht für das geltende Recht aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst hervor. § 46 St. G. B. erfordert nämlich, daß der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben haben müsse: „ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche . . . . .". Es wird hier ersichtlich verlangt, daß die hindernden Umstände auf die Ausführung des Deliktes sich beziehen müssen derart, daß sie dem Täter die Ausführung desselben erschweren oder gar unmöglich machen. Nun ist aber eine nach Vollendung der Straftat befürchtete Entdeckung kein Hindernis bei der Ausführung der Tat selbst, mag sie auch den Täter, der sich der Gefahr der Entdeckung nicht aussetzen will, davon abhalten, die Tat zu vollenden [23]). Ferner ist aber auch die Befürch-

---

21) Frank, Komm. zu § 46, Anm. II.
22) R. G. St., 37, 402 ff, insbes. S. 406.
23) Alsberg, a. a. O., S. 381.

tung, daß die Tat noch vor ihrer Vollendung entdeckt werden würde, grundsätzlich noch nicht als hindernder Umstand zu werten, da hier doch in keiner Weise sich ohne weiteres voraussagen läßt, ob die Entdeckung die Vollendung hindern oder auch nur erschweren werde und ob des Täters Wertung der Entdeckung bei seiner Befürchtung in dieser Richtung ging. Hierdurch wird auch gleichzeitig die dem Standpunkt des Reichsgerichts in dieser Frage beipflichtende Ansicht Lindenbergs [24]), die darauf hinausläuft, daß die Freiwilligkeit des Täters deshalb ausgeschlossen werde, weil er sich sage: „ich werde sogleich entdeckt, kann also die Tat nicht vollbringen", widerlegt.

Denn wohl kann der Täter die Tat noch vollbringen, mag er auch auf Grund der nachfolgenden Bestrafung nicht mehr in den für sich durch die Ausführung der Straftat angestrebten, ungestörten Genuß der Beute gelangen [25]). Der Fehler, der von Lindenberg im Anschluß an das Reichsgericht vertretenen Ansicht liegt eben darin, daß er irrigerweise die Vollendung des begonnenen Delikts mit dem uneingeschränkten Genuß der Vorteile desselben auf eine Stufe stellt.

Ebenfalls gegen die hier bekämpfte Ansicht, daß die Furcht vor Entdeckung die Straflosigkeit ausschließt, wendet sich Frank [26]), indem er insbesondere darauf hinweist, daß schon ältere Strafgesetze [27]) ausdrücklich auch den aus Furcht vor Strafe erfolgten Rücktritt für straffrei erklärt hätten. Frank will hieraus also gefolgert wissen, wenn er diesen Schluß auch selbst nicht zieht, daß das geltende Recht eine Rückwärtsentwicklung in dieser Frage unmöglich habe gutheißen und zulassen wollen [28]).

---

24) D. J. Z., Bd. 10, S. 777; ebenso Binding, Grundriß, S. 139.

25) Vgl. aus Olshausen zu § 46, Anm. 11; v. Liszt, Lehrbuch, § 48.

26) Frank, V. u. V., S. 231. Anders M. E. Mayer.

27) Art. 58 des Bayr. Str. G. B. von 1813: Der Versuch ist von aller Strafe frei: Wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernise, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert werde, sondern freiwillig aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist. Artt 73 des Württ. St. G.B. von 1839: Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände gehindert worden, sondern freiwillig, sey es aus Gewissensregung, Mitleid, oder Furcht vor Strafe, von dem Unternehmen abgestanden ist.

28) Auch Köhler, a. a. O., S. 32 hat die wiedergegebene Ansicht des R. G. als „eine bedenklich enge Begriffsbestimmung der Freiwilligkeit" bezeichnet.

Für den § 24 A. E. muß es ebenfalls verneint werden, daß die Furcht vor Entdeckung schlechthin als ein dem Rücktritt des Täters „aus freien Stücken" widerstreitendes Moment angesehen werden und sohin die Freiwilligkeit ausschließen könne. Zwar bietet der Wortlaut des § 24 A. E. selbst nicht wie es in § 46 Abs. 1 St. G. B. der Fall ist, eine Handhabe dafür, daß der den Täter hindernde Umstand stets in einer unmittelbaren Beziehung zur Ausführbarkeit des Deliktes gestanden haben müsse; jedoch, indem der Täter durch die Furcht vor Entdeckung von dem Weiterhandeln Abstand nimmt, macht er diesen Umstand der Furcht von sich aus zu einem seinen Willensentschluß bewegenden und legt ihm selbst die Eigenschaft eines hindernden bei, tritt also freiwillig zurück[29]). Nur dann könnte auch nach § 24 A. E. — wie es ebenso für das geltende St. G. B. einzuräumen ist — die Befürchtung, entdeckt zu werden, die Freiwilligkeit ausschließen, wenn sie den Täter zu der Erkenntnis zwänge, daß die entdeckende Person ein Weiterhandeln verhindern würde.

Die Straflosigkeit des aus Furcht vor Entdeckung Zurücktretenden ließe sich in Ansehung des § 24 A. E. allerdings auch noch aus anderen Gründen herleiten. Man könnte unter Hinweis auf die Begründung zu § 24 folgendermaßen argumentieren: daß nämlich die bloße Furcht vor Entdeckung als ein unzweifelhaft nicht äußerer Umstand die Freiwilligkeit des Täters gemäß der in der Begründung selbst gegebenen Interpretation des Begriffes „aus freien Stücken" überhaupt nicht ausschließen könne.

Da aber nach unserer soeben wiedergegebenen Ansicht trotz der von der Begründung des A. E. gegebenen Interpretation des Begriffes „aus freien Stücken" facta interna dennoch grundsätzlich als die Freiwilligkeit ausschließende Umstände angesehen werden können, kommt eine solche Argumentation vorliegend nicht in Betracht. Es erhellt hieraus jedoch, in wie wenig eingehender Weise die Begründung des A. E. sich mit dem Verhältnis des § 24 A. E. zu § 46 St. G. B. befaßt.

Aber abgesehen von den bereits erörterten Gründen, die die Strafbarkeit des infolge Furcht vor Entdeckung Zurücktretenden ausgeschlossen erscheinen lassen, kann auch noch nach folgender weiterer Ueberlegung nicht angenommen werden, daß in dem erwähnten Falle der Täter gemäß § 24 A. E. unfreiwillig zurücktritt. Erwägt man nämlich, daß sowohl zur Schaffung des § 46 St. G. B. als auch zu der des § 24 A. E. kriminalpolitische

---

29) Vgl. Dahlmann, a. a. O., S. 68.

Gründe den Gesetzgeber bewogen haben und zur Setzung ihrer Voraussetzungen den Täter die andernfalls verwirkte Strafe bewegen soll, so würde es den in den §§ 46 St. G. B. und 24 A. E. als Strafaufhebungsgründen zu erkennenden Grundprinzipien zuwiderlaufen, wollte man die Furcht vor Entdeckung und Bestrafung als einen die Anwendbarkeit der genannten Bestimmungen ausschließenden Umstand bezeichnen [30]).

4. Die materielle Gleichheit des § 24 Abs. 1 A. E. 25 mit § 46 Abs. 1 St. G. B.

Ist für die vorstehende Erörterung hinsichtlich dessen, ob lediglich äußere Umstände oder die Furcht vor Entdeckung geeignet ist, die Freiwilligkeit des Täters nach § 24 A. E. auszuschließen, der diese Fragen berührende und andeutende Wortlaut der Begründung des A. E. Veranlassung gewesen, so ist nunmehr die Erörterung im folgenden darauf zu richten, ob und inwieweit im übrigen die subjektive Formulierung des § 24 A. E. den derzeitigen aus § 46 Abs. 1 St. G. B. sich ergebenden Rechtszustand verändert, ohne daß hierfür ein Hinweis in der Begründung des A. E. sich bereits vorfindet.

Hinsichtlich des Rücktritts vom unbeendeten Versuche hatte bereits die Begründung zum Vorentwurf hervorgehoben,

> „daß die veränderte Fassung der Vorschrift nur danach strebe, den ihr zu Grunde liegenden Gedanken unter Ausscheidung alles Unwesentlichen und Entbehrlichen zu einfacherem Ausdruck zu bringen".

Da nun die Formulierung des § 24 Abs. 1 A. E. sich von der entsprechenden Vorschrift des Vorentwurfes lediglich durch die Verwendung des Ausdruckes „aus freien Stücken" an Stelle des Wortes „freiwillig" unterscheidet, müßte, sofern man die Richtigkeit des erwähnten Ausspruches der Begründung zum Vorentwurf bejaht, das dort Gesagte auch für den A. E. Geltung beanspruchen können.

Vor einer solchen Feststellung ist auf einzelne materiellrechtliche Gesichtspunkte einzugehen, die nach § 46 Abs. 1 St. G. B. anerkannt sind und möglicherweise in § 24 Abs. 1 A. E. die Fortsetzung ihrer Geltung finden werden.

---

30) Vgl. Frank, V. u. V., S. 231: In der Tat soll ja die Strafdrohung bestimmend wirken; es heißt also ihre Bedeutung abschwächen, wenn man ihr in der bezeichneten Richtung keinen Einfluß zugesteht.

Daß ebenso wie im Bereiche des § 46 Abs. 1 St. G. B. auch nach § 24 A. E. den sogenannten „facta interna" grundsätzlich die Eigenschaft zukommen muß, als die Freiwilligkeit des zurücktretenden Täters ausschließende Umstände angesehen zu werden, ist oben [31]) unter Hinweis auf die irrige Ausdrucksweise der Begründung des A. E. bereits bejahend beantwortet worden.

Gleichzeitig damit ist aber auch die mit Bezug auf das geltende Recht häufig erörterte Frage, ob ein nur in der subjektiven Annahme des Täters, in Wirklichkeit jedoch nicht existentes Hindernis die Freiwilligkeit beseitigen könne, bejaht worden.

Ebenso muß es auch de lege ferenda dabei verbleiben, daß sowohl absolute als auch nur relative Hinderungsgründe, sofern sie nur geeignet sind, in zwingender Weise auf den Willensentschluß des Täters einzuwirken, den Eintritt der Straflosigkeit für den Zurücktretenden ausschließen.

Die bedeutsamste Schwierigkeit in der Beurteilung, ob ein Rücktritt als freiwillig erfolgt gelten kann, wird bei sonst gleichbleibender Wertung der schon nach § 46 St. G. B. maßgeblichen Grundsätze, auch nach § 24 A. E. dann zu überwinden sein, wenn bei dem Zurücktretenden Momente des Nichtkönnens und Nichtwollens der Ausführung nebeneinander feststellbar sind, oder auch nur verbunden erscheinen.

Beispielsweise wird in dem Falle, in dem eine Schwangere das eingenommene Abortivmittel wegen seines widerlichen Geschmackes wieder ausspeit, wiewohl sie physisch in der Lage war, dasselbe zu schlucken [32]), kein Zweifel bestehen, daß ebenso wie nach geltendem Recht hier die Freiwilligkeit des Rücktritts bejaht worden ist, man auch bei der Zugrundelegung des Begriffes „aus freien Stücken" zu demselben Ergebnis gelangen muß.

Denn es tritt in dem behandelten Tatbestande klar hervor, daß für das Nichtweiterhandeln der Täterin lediglich Momente des Nichtwollens, nicht aber solche des Nichtkönnens Veranlaslung gewesen sind.

Schwieriger wird diese Feststellung sich in solchen Fällen gestalten, in denen der Täter von der Ausführung seines Vorhabens deshalb Abstand nahm, weil und nachdem er den gänzlichen oder teilweisen Unwert oder die Unbrauchbarkeit des Objektes auf das seine Absicht gerichtet war, für seine Zwecke erkannt hatte.

---

31) Vgl. oben S. 27 ff.

32) vgl. R. G. St. 35, 102; 6, 34.

Um für die Beurteilung derartig gelagerter Fälle einen abstrakten und tunlichst allgemeingültigen Maßstab zu erhalten, ist von der Vorstellung auszugehen, die sich der Täter von den Verhältnissen, die er bei der Ausführung vorzufinden vermutete, gemacht hat. Stimmt das Bild des Vorgefundenen mit der früheren Vorstellung überein, und gibt der Täter den Versuch dennoch auf, dann wird stets die Annahme eines freiwilligen Rücktritts gerechtfertigt erscheinen. Andererseits muß der Rücktritt dann als ein unfreiwilliger gelten, wenn der Täter Verhältnisse vorfindet, die seiner Vorstellung zuwiderlaufen, und er deshalb sein Vorhaben aufgab [33]).

Wollte der Täter also eine ganz bestimmte Sache stehlen und fand er diese nicht vor, so kann es einem Bedenken nicht unterliegen, daß sein Rücktritt ein unfreiwilliger ist. Ebenso liegt der Fall, wenn der Täter z. B. den Plan eines Notzucht-Attentates gegen eine soeben von ihm gesehene, vermeintliche junge Frauensperson faßt, den Plan aber aufgibt, weil die betreffende Person in Wirklichkeit hochbetagt ist. Hätte hier der Täter lediglich den Plan gehabt „eine" Frauensperson zu vergewältigen, so würde der Umstand des hohen Alters der betreffenden Person die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht auszuschließen vermögen. Je eingehender der Täter also sich die Einzelheiten der Tatumstände vorstellt, desto eher wird eine Abweichung der Wirklichkeit hiervon möglich sein und desto größer wird auch für den Täter die Gefahr, daß sein Rücktritt nicht mehr als freiwilliger angesehen wird. Andererseits hat aus diesem Gesichtspunkte derjenige Täter sich die größte Möglichkeit eines freiwilligen Rücktritts gesichert, dessen Absicht gänzlich unkonkretisiert geblieben ist und der sich von seiner Tat und dem Objekt derselben nur eine vage allgemeine Vorstellung gemacht hat.

Diese für das geltende Recht von Doctrin und Rechtsprechung gebilligte Auffassung wird auch unter der künftigen Geltung des A. E. beibehalten werden. Denn der Täter tritt nur dann aus freien Stücken zurück, wenn er die Ausführung aufgibt, die er sich vorgestellt hatte. Findet er hingegen seinen Erwartungen gänzlich widersprechende Verhältnisse oder Objekte vor, und veranlassen diese ihn zum Rücktritt, dann konnte er überhaupt seine vorgefaßte Absicht nicht mehr verwirklichen. Mithin war

---

33) vgl. Finger, Gerichtssaal Bd. 82 S. 375.

ein solcher Rücktritt durch ein Nichtkönnen, nicht aber durch ein Nichtwollen bedingt[34]).

Auf Grund der vorerörterten Gesichtspunkte erscheint die Stellungnahme zu hier einschlagenden Entscheidungen des Reichsgerichts am Platze, denen sowohl für den Bereich des geltenden St. G. B. als auch de lege ferenda nicht beigetreten werden kann.

Zunächst muß unser Widerspruch sich richten gegen die Entscheidung des Reichsgerichts — Bd. 39 S. 38 — die bei dem nachfolgenden Tatbestande den Rücktritt vom Diebstahlsversuch für einen freiwilligen erklärt hat:

> „A und B bemerken in einem Garten auf dem Erdboden einen roten Gegenstand, der von ihnen für einen Gummiball gehalten wird, der aber in Wirklichkeit eine Holzkugel ist. A. fordert den B. auf, den vermeintlichen Gummiball zu holen. Als dieser den Gegenstand fortnehmen will, erkennt er seinen Irrtum, läßt die Kugel liegen und verläßt den Garten wieder."

Statt nun hier, wie es dies an anderer Stelle getan hat[35]), zu argumentieren, daß B. sich in der Erwartung eine bestimmte Sache vorzufinden getäuscht sah und deshalb durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand an der Ausführung des Diebstahls gehindert worden ist, sagt das Reichsgericht völlig anders, nämlich folgendermaßen:

„Diese auf einen einzelnen Gegenstand beschränkte Absicht zu verwirklichen, ist der Angeklagte nicht durch einen äußeren von seinem Willen unabhängigen Umstand gehindert worden, insbesondere nicht durch die seinem Willen freilich fremde Tatsache, daß er bei näherer Besichtigung den Gegenstand wider Erwarten als eine Holzkugel erkannte. Es war vielmehr ein rein innerer seelischer Vorgang, nämlich eine durch Entdeckung des wahren Sachverhaltes nur ausgelöste Ueberlegung, was ihn veranlaßte . . . die Holzkugel zurückzulegen. Er hat also die Wei-

---

34) Frank, Kom. Anm. II zu § 46; Meyer-Allfeld a. a. O. S. 182; von Liszt Lehrb. S. 213; Olshausen § 46.

35) R. G. St. 24, 222: „Wenn der Angeklagte in die fremde Wohnung eingedrungen wäre, um eine bestimmte Sache zu stehlen, sich aber in der Erwartung diese Sache zu finden, getäuscht gesehen hätte, so würde er allerdings an der Ausführung des geplanten Diebstahls durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand gehindert gewesen sein. Das nämliche würde zu sagen sein, wenn der Angeklagte den unbestimmten Vorsatz gehabt hätte, jede beliebige Sache, die ihm in die Hände falle, sich anzueignen, aber überhaupt garnichts vorgefunden hätte.

terführung der ursprünglich beabsichtigten Handlung, obwohl sie ihm nicht unmöglich scheinen konnte, aus eigenem Antrieb, freiwillig aufgegeben."

Der Widerspruch des Reichsgerichts zu seiner im 24. Bande zu dieser Frage bekannten Ansicht ist evident. Statt von der Fragestellung auszugehen, „konnte der Täter die Absicht ausführen, einen roten Gegenstand wegzunehmen" mußte das Reichsgericht richtigerweise die Entscheidung darauf abstellen, ob der Angeklagte in der Lage war, seine auf einen roten Gummiball, also einen ganz bestimmten Gegenstand individualisierte Absicht zu verwirklichen. Da dies nach Lage der Sache nicht möglich war, mußte der nachfolgende Rücktritt des Täters im Gegensatz zur Ansicht des R. G. auch als ein unfreiwilliger angesehen werden.

Ferner muß jener Entscheidung des R. G. entgegengetreten werden, die den § 46 Abs. 1 St. G. G. nicht für anwendbar erklärt in einem Falle, in welchem die Täter, nachdem sie versucht hatten, von einem Hause ein als Fensterverschluß dienendes Gazefenster und Drahtgitter wegzunehmen, hierbei aber diese Gegenstände mit einer Stange durchlöchert und für ihre Zwecke unbrauchbar gemacht hatten, von ihrem Vorhaben Abstand nehmen. Gewiß ist es richtig, daß in dem wiedergegebenen Falle sich die Absicht der Täter darauf richtete, ein unbeschädigtes Gazefenster zu stehlen und die uneingeschränkte Vollführung dieser Absicht durch die späterhin von ihnen selbst herbeigeführte Beschädigung vereitelt wurde. Jedoch kann nicht zugegeben werden, daß die Freiwilligkeit des Rücktritts deshalb entfallen muß. Wohl geht der hierfür maßgebend erachtete Grundsatz dahin, daß der Rücktritt dann als ein unfreiwilliger zu gelten hat, wenn der Täter Verhältnisse vorfindet, die seiner Vorstellung zuwiderlaufen und er deshalb von seinem Vorhaben absteht. Indes kann dieses Prinzip nicht so weit ausgedehnt werden, daß auch dann noch die Freiwilligkeit des Rücktritts ausgeschlossen wird, wenn zwar die generelle Eigenschaft des Objektes, auf das sich das Vorhaben des Täters richtete, seiner Erwartung entsprach, die Qualität desselben aber eine geringere war oder gar erst, wie gegenwärtig, durch das eigene Zutun des Täters eine geringere wurde. Vielmehr muß bei einer nur graduellen Verschiebung der vorausgesetzten Qualität des Objektes ein nachfolgender Rücktritt noch als ein freiwilliger angesehen werden. Denn stets bleibt doch hier die Tatsache bestehen, daß die Täter einen Gegenstand der seiner Art nach ihrer Vorstellung entsprach, noch stehlen

konnten, sie dies zu tun aber unterließen, weil sie infolge der inzwischen erfolgten Minderung seines Wertes sich hierzu aus eigenem Willen entschlossen. Danach überwogen aber die Momente des Nichtwollens gegenüber denen des Nichtkönnens, und es kann demzufolge der erfolgte Rücktritt nur ein freiwilliger sein.

Faßt man die in den vorstehenden Ausführungen gewonnenen Ergebnisse zusammen, so gelangt man dazu, die Ersetzung der in § 46 Abs. 1 St. G. B. enthaltenen, auf das Objektive gerichteten Kriterien der Freiwilligkeit durch den in § 24 Abs. 1 A. E. verwendeten Begriff „aus freien Stücken" als eine materiell-rechtliche Aenderung nicht anzusehen, sondern hier lediglich in formaler Beziehung einen gesetzestechnischen Fortschritt zu konstatieren.

5. Die materielle Verschiedenheit der Voraussetzungen des § 46 Abs. 2 St. G. G. und des § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. 25.

Wesentlich anders ist dagegen die Sachlage hinsichtlich des Rücktritts vom beendeten Versuche gestaltet. Gegenüber den in § 46 Abs. 2 St. G. B. normierten Voraussetzungen weist die Fassung des § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. grundlegende Veränderungen auf.

Fernerhin ist die im geltenden Strafgesetze enthaltene, gegen die Freiwilligkeit des Täters schlechthin streitende Vermutung der „Entdeckung" fallen gelassen worden. De lege ferenda kann der Täter also bei sonst aus seinem freien Willensentschlusse entspringendem Handeln sich nicht nur dann Straflosigkeit sichern, solange die Tat noch geheim geblieben ist, sondern auch dann noch, wenn die Tat sich von vornherein in der Oeffentlichkeit abspielte, mithin selbst, wenn das deliktische Handeln bereits entdeckt war.

Zunächst gibt im Gegensatz zum geltenden Recht § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. dem subjektiven Erfordernis der Freiwilligkeit wörtlichen Ausdruck. Damit ist gleichzeitig auch die bislang bestehende Streitfrage, ob das subjektive Kriterium der Freiwilligkeit in dem § 46 Abs. 2 St. G. B. überhaupt enthalten sei [36]), für den A. E. von vornherein ausgeschlossen.

Der Fortfall des Erfordernisses der Nichtentdeckung nach § 24 A. E. darf nun allerdings nicht dahin verstanden werden,

36) vgl. oben S. 14 und 22.

daß eine Entdeckung grundsätzlich nicht mehr dazu führen könne, die Freiwilligkeit des Rücktritts auszuschließen und die Straflosigkeit des Täters zu beseitigen. Vielmehr wird in den Fällen, in welchen der Täter einer Entdeckung seines Handelns die Bedeutung einer Hinderung der Fortsetzung seines verbrecherischen Tuns beimißt, von einer aus freien Stücken erfolgenden Abwendung des Erfolges nicht mehr die Rede sein können. Denn ebenso wie eine solche Würdigung der Entdeckung beim unbeendeten Versuch die Freiwilligkeit beseitigt, muß dies auch beim beendeten Versuche der Fall sein. Ebenso wird auch in Ansehung der subjektiven Formulierung des § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. die seitens des Täters als hindernd angenommene, in Wirklichkeit aber nicht existente Entdeckung ein freiwilliges Zurücktreten ausgeschlossen erscheinen lassen [37]).

Aus alledem erhellt, ohne daß es einer nochmalgen Aufzählung der beim unbeendeen Versuche die Freiwilligkeit aufhebenden Momente bedürfte, daß beim unbeendeten und beendeten Versuche der § 24 A. E. völlig gleiche Erfordernisse für die Freiwilligkeit aufgestellt hat.

37) So auch M. E. Mayer, V. u. V., S. 351: „Nach dem Vorentwurf kcmmt der legislative Grundgedanke vollständig zur Geltung, da die tätige Reue bei Unkenntnis der Entdeckung als freiwillig, bei irriger Annahme der Entdeckung als unfreiwillig zu würdigen ist.

4. Abschnitt.

Kritik des Begriffes „aus freien Stücken".

I. Die Schwierigkeit des Beweises bei Anwendung des Begriffes.

Daß der A. E. in § 24 durch die weit einfachere und knappere Fassung, in die er die für den freiwilligen Rücktritt vom Versuche erforderten Voraussetzungen gebracht hat, sich in sprachlicher Hinsicht ein Verdienst erworben hat, bedarf keiner umfangreichen Erörterung. Es darf diese sprachlich verbesserte Formulierung jedoch nicht blind machen gegenüber einem in ihr enthaltenen gesetzestechnischen Mangel, der die praktische Brauchbarkeit derselben in Frage stellt.

Es fragt sich nämlich, ob denn die besondere Fassung des § 46 St. G. B., die die subjektiven Kriterien des gesetzlichen Tatbestandes in objektive Formen kleidete, gänzlich verfehlt war, und ob es gesetzestechnisch empfehlenswert ist, das subjektive Merkmal der Freiwilligkeit der Aufgabe nicht zu umschreiben, sondern schlechthin als positiv-rechtliches Erfordernis aufzustellen.

Darauf, daß § 46 St. G. B. die Umschreibung der Freiwilligkeit — so unvollkommen dieselbe in sprachlicher Hinsicht auch immer sein mag — nicht ohne Vorbedacht wählte, hat bereits Berner [1]) hingewiesen, indem er hervorhob, „daß die indirekte auf die Objektivität gerichtete Form das Gesetz eine schärfere Grenze gegen das bloß moralische Gebiet gewinnen lasse". Aehnlich hat Schwartz [2]) die Fassung des § 46 Abs. 1 St. G. B. für gerechtfertigt erklärt, indem er ausführt, daß der Gesetzgeber dadurch, daß er, statt die auf den subjektiven Entschluß gerichtete Form zu wählen, das Erfordernis der Freiwilligkeit in einer auf das Objektive gerichteten Form ausgesprochen hat, der Schwierigkeit des Beweises Rechnung getragen habe.

Für die Entscheidung dieser gesetzestechnischen Frage, die, wie aus Vorstehendem ersichtlich, bereits kurz nach dem Inkrafttreten des geltenden Strafgesetzes Beachtung fand, sind nicht ohne Interesse die Bestimmungen der Vorentwürfe zum österreichischen und schweizerischen Strafgesetzbuch.

Der schweizerische Entwurf weicht in seiner Wortfassung hinsichtlich der Voraussetzungen des freiwilligen Rücktritts vom Versuche nur unwesentlich von der Fassung des § 24 A. E. ab;

1) Gutachten, S. 133.

2) a. a. O., Anm. 4 a zu § 46.

auch er verzichtet auf eine Umschreibung der Kriterien der Freiwilligkeit, indem er in Art. 22 Abs. 3 formuliert:

„Wer freiwillig von dem Versuche absteht oder den Erfolg des Verbrechens verhindert, wird straflos, wenn der Versuch nicht ein besonderes Verbrechen begründet".

Demgegenüber weicht die Bestimmung des österreichischen Entwurfes in § 16 wesentlich ab. Die erste Hälfte der genannten Gesetzesstelle — nur sie ist vorliegend von Interesse — lautet nämlich:

„Wer freiwillig und nicht wegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von seiner Tätigkeit absteht . . . wird wegen Versuches nicht mehr bestraft."

Diese Bestimmung weist eine hier interessierende und des näheren zu erörternde Fassung auf.

Prima facie könnte man nach dem Wortlaut der Ansicht zuneigen, daß zwei ihrem Gehalte nach verschiedene Erfordernisse für einen Rücktritt von strafbefreiender Wirkung aufgestellt werden sollen, indem einmal gefordert wird, daß die Handlung „freiwillig" aufgegeben werden müsse und zweitens „nicht wegen eines von seinem" — d. h. des Täters — „Willen unabhängigen Hindernisses". In Wirklichkeit wird aber auch hier nur die Freiwilligkeit der Aufgabe gefordert, und die im zweiten Halbsatz angefügte Wendung will nur umschreiben, wann die Voraussetzung, der im ersten Teil des Satzes Ausdruck gegeben ist, vorliegt. Diese Fassung des österreichischen Entwurfes hat sich demnach immer noch nicht von der zuerst im Code pénal [3]) aufgestellten, sodann in das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 [4]) übernommenen und in dem geltenden Strafgesetzbuch in § 46 Abs. 1 im Wesentlichen beibehaltenen Formel gänzlich loszusagen vermocht. Jedoch ist die Fassung des österreichischen Entwurfes insofern verbessert, als sie die schwerfällige Umschreibung des § 46 Abs. 1 St. G. B. vermeidet und an die Stelle dieser Ausdrucksweise die verständliche Formulierung, „daß das

---

3) Code pénal in der Fassung von 1791 Art. 2: . . . si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. Fassung nach Abänderung durch Beschluß vom 4. 10. 1808 . . . de la volonté de l'auteur.

4) § 31 Pr. Str. G. B.: Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist.

Hindernis nicht von dem Willen des Täters unabhängig sein dürfe", setzt.

Doch nicht zum Zwecke einer nur lobenden Hervorhebung der Wortfassung des österreichischen Entwurfes sollte derselbe hier Erwähnung finden. Vielmehr soll hierdurch darauf hingewiesen werden, daß die Redaktoren des österreichischen Entwurfes Bedenken gehegt haben, das Kriterium der Freiwilligkeit schlechthin, ohne irgend eine Umschreibung aufzustellen. Sie waren offensichtlich der Meinung, daß durch die Aufstellung objektiver Merkmale erläutert werden müßte, wann ein freiwilliges Abstehen vom Versuche als vorliegend zu erachten sei [5]).

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Bereits bei Schaffung des geltenden deutschen Strafgesetzbuches lag hinsichtlich der Bestimmung des § 46 den Verfassern der Gedanke nahe, dieselben Erfordernisse für die Straflosigkeit des Rücktritts zu formulieren, die jetzt der § 24 A. E. in der dem Begriffe der Freiwilligkeit gleichzuachtenden Wendung „aus freien Stücken" enthält [6]). Mit Rücksicht jedoch auf hierdurch etwa erwachsende Beweisschwierigkeiten sah man hiervon ab und griff zu der Umschreibung durch die bekannten objektiven Merkmale. Zuzugeben ist, daß die gewählte Umschreibung als mißglückt angesehen werden muß. Dennoch brauchte dieser Umstand keineswegs Anlaß dazu zu sein, daß der damals eingeschlagene Weg gegenwärtig gänzlich aufgegeben wird. Die künftige Gesetzgebung sollte es sich vielmehr zur Aufgabe machen, das in der gegenwärtigen Fassung des § 46 St. G. B. für die strafrechtliche Praxis als brauchbar Erkannte beizubehalten und mit dem aus der häufig an seinem Wortlaut geübten Kritik Gewonnenen zu einer gesetzestechnisch in jeder Hinsicht vollwertigen Fassung zu verbinden.

Denn halten wir uns doch einmal vor Augen, was mit dem bloßen Begriff „aus freien Stücken", — immer vorausgesetzt, daß ein Rückgriff auf die zu § 46 Abs. 1 St. G. B. entwickelte Judikatur und Lehrmeinungen nicht jederzeit und allerorts möglich wäre, was der A. E. als selbständiges Gesetz an sich allerdings anstreben müßte, — in der Praxis anzufangen ist.

Die Wendung „aus freien Stücken" ganz für sich allein betrachtet, zwingt dazu, ihre Analyse in dem Gebiet der Psychologie zu

---

5) Diesen gedanklichen Gehalt verkennt Schoetensack, a. a. O., S. 427, Anm. 2, wenn er die Fassung des § 16 österr. V. E. einfach damit abtut, daß er sie für zu wortreich erklärt und ihre Ausdrucksweise „atemberaubend" nennt

6) Vgl. Berner, Gutachten, S. 133.

suchen. Hierzu bedarf es aber einer Schulung, die der Richter im Regelfalle nicht besitzen wird. Er wird daher vor die Frage gestellt, ob eine Handlung als unfreiwillig oder freiwillig zu bezeichnen ist, dieselbe zu entscheiden von sich aus nicht in der Lage sein, oder seine Entscheidung wird als eine gefühlsmäßige erfolgen und, wenn er richten soll, wird dieses Gefühl geleitet sein von der Erwägung, ob der Täter der Strafbefreiung wert erscheint oder nicht. Mithin wird der Richter unlogischerweise „das Consequens untersuchen, um das Antecedens festzustellen“ [7]). Damit wird die getroffene Entscheidung aber ihrer eigentlichen Basis entrückt sein und ohne das allen richterlichen Entscheidungen immanente Prinzip erfolgen. Deshalb kann der Begriff „aus freien Stücken“ allein nicht als geeignet dafür angesehen werden, in einem gesetzlichen Tatbestande Verwendung zu finden, denn er bietet keine hinreichende Sicherheit dafür, daß sich eine gleichmäßige und stetige Rechtsprechung auf ihm wird aufbauen und entwickeln können.

Die gleiche Befürchtung, daß nämlich aus dem Worte „freiwillig“ oder der Wendung „aus freien Stücken“ sich die Freiwilligkeit des zurücktretenden Täters nicht ohne weiteres wird feststellen lassen, hat offensichtlich schon Mayer in seiner kritischen Betrachtung der durch § 77 V. E. getroffenen Abänderung des § 46 St. G. B. gehegt. Mayer führt nämlich aus, „daß die Auslegung und Anwendung“ — des Wortes freiwillig — „sich ohne Schwierigkeit vollziehen werde, zumal da Frank mit seiner Formel ein durchaus zuverlässiges Kriterium aufgestellt habe“.

Mayer bestätigt hier für den V. E., der sich im wesentlichen vom A. E. ja nicht unterscheidet, daß das Wort „freiwillig“ allein nur einen recht wenig zuverlässigen Maßstab für die Feststellung der Freiwilligkeit des Täters bildet. Nun wird aber die von Frank aufgestellte Formel jeder Richter nicht sogleich zur Hand haben, um mittels derselben sich das Gesetz auszulegen. Wenn aber die Formel Franks, wie außer Mayer auch die herrschende Meinung anerkennt, am besten geeignet ist, den Begriff der Freiwilligkeit inhaltlich zu umschreiben, so ist nicht einzusehen, welche Gründe ihrer Aufnahme in den Gesetzestext entgegenstehen sollten; vielmehr wäre die Aufnahme dieser Formel in jeder Hinsicht zu begrüßen. Gewiß mag es rein äußerlich betrachtet nicht angebracht erscheinen, die Formulierung: „frei-

7) Nach Dahlmann, a. a. O., S. 124.

willig ist der Rücktritt, wenn der Täter sich sagt, ich will nicht weiter handeln, selbst wenn ich es könnte", in § 24 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 selbst einzustellen; wohl aber ließe sich die authentische Interpretation des in § 24 A. E. enthaltenen Begriffes der Freiwilligkeit dadurch erreichen, daß nach dem Absatz 2 Satz 1 als dritter Absatz angefügt würde:

„aus freien Stücken handelt der Täter, wenn er sich sagt, ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte".

II. Die Unbilligkeit der Gleichsetzung der Voraussetzungen für die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom unbeendeten und beendeten Versuche.

Daß der Täter, welcher den Versuch beendet hat, die Integrität der Rechtsordnung infolge seines vorangegangenen Verhaltens in schwererer Weise bedroht hat als derjenige, der mit seinem Tun noch im Anfange der Ausführung sich befand und in diesem Stadium bereits sein Vorhaben aufgab, kann nicht zweifelhaft erscheinen.

In § 46 St. G. B. hatte dieses Gefährdungsmoment Berücksichtigung insofern gefunden, als in Abs. 2 dieser Gesetzesstelle die Freiwilligkeit des Rücktritts durch das objektve Moment des Entdecktseins erschwert wurde. Daß diese Erschwerung als eine zu weitgehende bezeichnet werden muß, ist oben bereits dargelegt worden. Doch aus den dort angestellten Erwägungen [8]) ergibt sich die Notwendigkeit, den Grundsatz einer verschiedenen Bemessung ungleich schwerer Rechtsgutgefährdungen restlos fallen zu lassen, wie es jetzt der A. E. tut, indem er die Straflosigkeit beim Rücktritt vom beendeten und vom nicht beendeten Versuch von der Erfüllung inhaltlich völlig gleicher Voraussetzungen abhängig macht. Neben der bereits hervorgehobenen Außerachtlassung des objektiven Gefährdungsgrades bei den verschiedenen Versuchsstadien haben die Verfasser des Entwurfes ferner auch nicht in Rücksicht gezogen, daß beim Rücktritt vom beendeten Versuche regelmäßig eine stärkere Intensität des verbrecherischen Willens schon in Erscheinung getreten war, als dies bei einem Rücktritt vom unbeendeten Versuche regelmäßig der Fall gewesen wäre.

In anscheinend zunächst richtiger Erkenntnis dieser Tatsachen hebt Mayer [9]) hervor, daß die Unterscheidung von nicht-

8) Vgl. oben, S. 26.

9) V. u. T., S. 350.

beendetem und beendetem Versuche bei Lösung der Frage nach Gestaltung des Strafaufhebungsgrundes des freiwilligen Rücktritts „nicht eliminiert werden dürfe, da ihr eine natürliche Wichtigkeit zukomme". Jedoch das, was man aus diesem Satze erhofft, läßt Mayer nicht folgen, nämlich die Forderung nach einer unterschiedlichen Behandlung des Rücktritts vom unbeendeten und beendeten Versuche.

Frank [10]) bekennt seine Ansicht in dieser Frage dahin, daß de lege ferenda eine sachliche und formelle Ausgleichung der Rücktrittsbedingungen für beide Versuchsarten anzustreben sei.

Natürlich ist nicht zu verkennen, daß eine solche Gestaltung im Interesse einer möglichst einfachen Gesetzestechnik liegt. Trotz dieses — letzten Endes ja auch nur äußerlichen — Vorzuges, wird diese Anschauung nicht allerorts geteilt und gerade in neuerer Zeit haben die östereichischen Entwürfe wie auch das norwegische Strafgesetzbuch einen gegensätzlichen Standpunkt eingenommen, indem sie die unterschiedliche Behandlung des Rücktritts vom unbeendeten und beendeten Versuch in Fortsetzung des in § 46 St. G. B. vertretenen Prinzips beibehalten.

So formuliert der österreichische Vorentwurf in seinem bereits erwähnten, aber hier nochmals hervorzuhebenden § 16:

> „Wer freiwillig und nicht gegen eines von seinem Willen unabhängigen Hindernisses von seiner Tätigkeit absteht, bevor er sie beendet hat, oder wer freiwillig, und nicht weil er weiß, daß seine Tat entdeckt ist, den Erfolg verhindert oder abwendet, ist wegen Versuchs nicht mehr strafbar",

während der § 50 des norwegischen Strafgesetzbuches lautet:

> „Die Strafbarkeit des Versuchs fällt fort, wenn der Schuldige aus eigenem freien Willen entweder von seiner verbrecherischen Tätigkeit absteht, bevor noch ein beendeter Versuch vorliegt oder dem Erfolge vorbeugt, mit dessen Eintritt das Verbrechen vollendet werden würde, bevor er noch weiß, daß seine verbrecherische Tätigkeit entdeckt worden ist".

Die in den vorstehend zitierten Texten hervorgehobenen Wendungen „und nicht weil er weiß, daß seine Tat entdeckt ist", bezw. „bevor er noch weiß, daß seine verbrecherische Tätigkeit entdeckt worden ist", enthalten die gegenüber dem § 46 Abs. 2 St. G. B. vorgenommene Verbesserung. Denn während hier die

10) V. u. V., S. 235—236.

Straffreiheit für den Täter auch dann in Fortfall kommt, wenn die Entdeckung lediglich objektiv vorhanden ist, soll dort die Straflosigkeit auch dann noch stets Platz greifen können, wenn und solange der Täter noch ohne Kenntnis von der Entdeckung und aus freiem Willen die Folgen seines deliktischen Tuns abwehrt. Der Unterschied zu den in § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. normierten Erfordernissen besteht hingegen darin, daß in § 24 der Täter Straflosigket selbst dann noch erlangen kann, wenn er den Umstand der Entdeckung zwar kennt, er ihn als Hindernis aber nicht empfindet, oder bewertet und noch aus freien Stücken den Erfolg abwendet.

Danach ergibt sich, daß § 46 Abs. 2 St. G. B. die für den Täter härteste, weil objektiv gefaßte Bedingung zur Erlangung der Straflosigkeit aufstellt, der österreichische V. E. und das norwegische St. G. B. aber eine gemilderte und § 24 Abs. 2 Satz 1 A. E. schließlch die am leichtesten zu erfüllende Anforderung an den Täter enthält.

Die von der Begründung des norwegischen Entwurfes zu § 50 gegebene Erläuterung läßt nun allerdings nicht erkennen, daß der beim beendeten Versuch erreichte höhere Grad der Rechtsgütergefährdung Veranlassung gewesen ist, die vom Täter zur Erlangung der Straflosigkeit zu erfüllenden Voraussetzungen gegenüber den beim Rücktritt vom unbeendeten Versuch aufgestellten Erfordernissen zu erschweren[11]). Gleichwohl wird die beregte Formulierung in ihrem Ergebnis dem im geltenden St. G. B. herrschenden und unseres Erachtens nicht aufzugebenden Grundsatz von der unterschiedlichen Behandlung des Rücktritts vom unbeendeten und beendeten Versuche gerecht. Nach diesem Vorbild müßte auch an den A. E. das Verlangen gerichtet werden, die Straflosigkeit beim Rücktritt vom beendeten Versuche von schwieriger zu erfüllenden Bedingungen abhängig zu machen, als dies gegenwärtig der Fall ist.

---

11) Die hier interessierende Stelle der Begründung zum N. E. (in der Uebersetzung von Bittl) lautet:
„Daß nicht der Verbrecher, der die Folgen des Verbrechens erst dann abwehrt, wenn er weiß, daß die verbrecherische Tätigkeit entdeckt worden ist, straffrei wird, hat seinen wesentlichen Grund darin, daß er meistens wenig Hoffnung haben wird, zu entkommen und daß er deshalb aus allen anderen Gründen als dem der Reue Anlaß hat, Straffreiheit zu erstreben."

Und zwar könnte dies geschehen durch Uebernahme der auch sprachlich nicht zu beanstandenden Formulierung des in § 50 des Norw. St. G. B. enthaltenen diesbezüglichen Passus.

Danach würde § 24 Abs. 2 Satz 1 des A. E. folgende Fassung erhalten:

„Wegen Versuchs wird ferner nicht bestraft, wer den zur Vollendung gehörigen Erfolg aus freien Stücken abwendet, bevor er noch weiß, daß seine verbrecherische Tätigkeit entdeckt worden ist."

Anhang.

§ 24 A. E. 25 und das Erfordernis der „Endgültigkeit" des Rücktritts.

Zum Tatbestande des freiwilligen Rücktritts vom Versuch ist für das geltende Recht häufig die Frage aufgeworfen worden, ob es zur Erlangung der Straflosigkeit genüge, wenn der Täter seinen Entschluß zur Aufgabe des Delikts bezw. der Abwendung des Erfolges lediglich auf die Gegenwart bezöge, nicht aber auch für die Zukunft auf sein Vorhaben verzichten wolle.

Von der Mehrheit der Schriftsteller [1]) ist diese Frage dahin beantwortet worden, daß ein einstweiliges Aufgeben der Ausführungshandlung für die Anwendbarkeit des § 46 St. G. B. ausreiche.

Von Buri [2]) hat diesen Standpunkt damit begründet, daß die „Absicht, demnächst von vorne anzufangen, noch keine äußere Gestalt angenommen habe und die äußere Gestalt der früher stattgefundenen Willensbetätigung durch die Zurückziehung des Willens zum Wegfall gekommen war". Denselben Gedanken drückt v. Bar [3]) in der Weise aus, daß er meint, „daß es noch ungewiß sei, ob der Vorbehalt demnächst fortzufahren, zur Ausführung gelangen werde".

De lege lata bleibt also der Dieb, der, nachdem er bereits eingestiegen ist, und deshalb umkehrt, weil er sich erinnert, daß morgen sein Glücktag sei und er dann besser stehlen könne, straflos [4]).

Dieses Ergebnis ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 46 St. G. B. nicht nur möglich, sondern auch unumgänglich geboten, denn nirgendwo enthält das Gesetz einen Hinweis darauf, daß der

---

1) So Baumgarten, Lehre vom Versuch, S. 462; Berner, Lehrbuch S. 184; Finger, Lehrbuch, S. 320; Frank, Komm., § 46 Anm. II; Hälschner, Dt. Gem. Strafr., S. 361; Herzog, a. a. O. S. 241; Schwarze, Komm., § 46.

2) Gerichtssaal, Bd. 28, S. 188/189.

3) Gesetz und Schuld, S. 556; ebenso Klee, a. a. O., S. 48.

4) Zu scheiden sind hiervon jedoch die Fälle, in denen der Täter sich nur für eine andere Zeit die Fortsetzung seiner Tätigkeit vorbehält, in dem Sinne, daß er planmäßig da weiterhandeln will, wo er stehen geblieben ist. Wenn der Täter also z. B. einen Kassenschrank anbohrt und sich nur entfernt, um einen besseren Bohrer zu holen, dann liegt überhaupt keine Aufgabe der Ausführung vor, sondern es setzt sich hier die Ausführungshandlung lediglich aus einer Menge von selbständigen Einzelhandlungen zusammen.

Entschluß des Täters nicht nur ein freiwilliger, sondern auch ein endgültiger sein müßte.

Ebensowenig läßt sich aber auch aus dem Wortlaut des § 24 A. E. herleiten, daß die Entschließung des zurücktretenden Täters den Willen zur Aufgabe seines Vorhabens auch für alle Zukunft einschließen müßte.

In gleicher Weise aber wie auch für das geltende Recht schon die endgültige Aufgabe des Verbrechens gefordert worden ist, sofern Straflosigkeit eintreten sollte, da das Gesetz „das Requisit der Endgültigkeit nur zu erwähnen verabsäumt habe“[5]), muß die gleiche Forderung auch de lege ferenda erhoben werden. Denn wenn es auch in concreto schwer feststellbar sein wird, ob der Täter im Augenblick des Rücktritts auch willens gewesen ist, sein Vorhaben definitiv aufzugeben, oder den Erfolg ein für allemal abzuwenden, so dürfen doch diese Bedenken, die allein mit dem Hinweis auf die Schwierigkeit des gegen den Täter zu führenden Beweises gerechtfertigt werden könnten, nicht davon abhalten, die Aufnahme des weiteren Kriteriums der „Endgültigkeit“ im zukünftigen Strafgesetze für den Tatbestand des freiwilligen Rücktritts zu verlangen[6]). Denn wenn das Gesetz dem Täter schon die durch die Ausführung der Versuchshandlung und die damit in Erscheinung getretene Aeußerung seines verbrecherischen Willens, mithin die so hervorgerufene Bedrohung der Rechtsordnung dadurch verzeiht, daß es beim freiwilligen Rücktritt eine Bestrafung nicht eintreten läßt, kann es andererseits auch fordern, daß der Täter seinen verbrecherischen Vorsatz endgültig überwindet.

Daher ist diesbezüglich zu verlangen, daß das zukünftige, den freiwilligen Rücktritt vom Versuch behandelnde Strafgesetz über die Fassung des § 24 A. E. hinausgehend formuliere:

„Wegen Versuches wird nicht bestraft, wer aus freien Stücken die Ausführung endgültig aufgibt oder verhindert.

---

5) Binding, Grundriß, § 56.

6) Vgl. insbesondere Schoetensack, a. a. O., S. 428; Frank, V. u. V., S. 232, wo insbesondere auf den Wortlaut früherer dt. Partikulargesetze verwiesen wird, unter denen z. B. das hessische in Artikel 69 „gänzliches Abstehen von der Handlung“ als Voraussetzung für die Erlangung der Straflosigkeit fordert. Frank verhält sich allerdings hinsichtlich der Uebernahme des Merkmals der Endgültigkeit in das künftige Strafgesetz zweifelnd, da er eine mangelnde praktische Verwertbarkeit dieser Voraussetzung der Straflosigkeit befürchtet.

Wegen Versuchs wird ferner nicht bestraft, wer den zur Vollendung gehörigen Erfolg aus freien Stücken endgültig abwendet, bevor er noch weiß, daß seine verbrecherische Tätigkeit entdeckt worden ist.
Aus freien Stücken handelt der Täter, wenn er sich sagt, ich will nicht zum Ziele kommen, selbst, wenn ich es könnte."

Lebenslauf.

Am 30. 5. 1904 wurde ich, Georg H. Stilke, Sohn des Kgl. Preuß. Kommerzienrats, Verlagsbuchhändlers Dr. jur. h. c. Hermann Stilke und seiner Ehefrau Margot, geb. Magnus in Berlin geboren. Ich besuchte das Mommsen-Gymnasium der Stadt Charlottenburg, das ich Oktober 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte die Rechtswissenschaften 2 Semester in Berlin, 3 Semester in Heidelberg und 4 Semester in Bonn. Herrn Prof. Dr. Graf zu Dohna möchte ich an dieser Stelle für das liebenswürdigerweise übernommene Referat meinen ergebensten Dank aussprechen.